النظرية العامة للحق

الدكتور

رمضان أبو السعود

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية





النظرية العامة للحق



النظرية العامة للحق

الدكتور
رمضان أبو السعود
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
المحامى لدى محكمة النقض

٢٠٠٥

دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت: ٤٨٦٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ رَبِّ ٱحْكُم بِٱلْحَقِّ ۗ وَرَبُّنَا ٱلرَّحْمَٰنُ ٱلْمُسْتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ

(الآية ١١٢ من سورة الأنبياء)

وَٱللَّهُ لَا يَسْتَحْىِۦ مِنَ ٱلْحَقِّ

(من الآية ٥٣ من سورة الأحزاب)

قَالَ سُبْحَٰنَكَ مَا يَكُونُ لِىٓ أَنْ أَقُولَ مَا لَيْسَ لِى بِحَقٍّ

(من الآية ١١٦ من سورة المائدة)

فَذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبُّكُمُ ٱلْحَقُّ ۖ فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ ۖ فَأَنَّىٰ تُصْرَفُونَ

(الآية ٣٢ من سورة يونس)

صدق الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله ، الحق ، العدل ، الوكيل والصلاة على من حمل لواء الحق ، فمشى به وكان نبراساً لقضائه وبعد .

فقد انتهينا فى الجزء الأول من هذا المؤلف من عرض شبه مفصل للقاعدة القانونية ، ولقد كانت النية متجهة الى أن يضم الجزء الأول فى القاعدة القانونية والجزء الثانى فى الحق كتاب واحد فى مجلد واحد ، ولكن نظراً لضخامة الجزء الأول رأينا أن ينفرد الجزء الثانى بحيّز مستقل من هذا الكتاب .

ولا يخفى ما لأهمية هذا القسم كأساس ضرورى ولازم تبنى عليه دراسة قواعد القانون الخاص ولا سيما القانون المدنى . أو هى دراسة تمهيدية لفهم قواعد القانون المدنى وفروع القانون الخاص بوجه عام .

وليس أدل على اهمية هذه الدراسة وكذلك على الصلة الوثيقة بين القانون والحق ، من أن المشرع المصرى قد قسم قواعد التقنين المدنى الى قسمين رئيسيين، متبعاً فى ذلك تقسيم الحقوق المالية الى نوعين : الحقوق الشخصية (وهى محل للقسم الأول من التقنين المدنى) والحقوق العينية (وقد خصص لها القسم الثانى من هذا التقنين) وقد مهد المشرع لهذين القسمين الرئيسيين بباب تمهيدى بين فيه مصادر القانون ، وطريقة تطبيقه فى الزمان والمكان (وهذا ما كان محلاً للدراسة فى الجزء الأول من هذا الكتاب) ونظرية الأشخاص والأشياء (وهى محل دراسة الجزء الثانى من هذا المؤلف) .

وفى دراستنا للحق سننهج ذات منهجاً فى الجزء الأول ، البعد عن النظريات التى لا يتلاءم عرضها وحاجة الطلب والمبتدئ ، مكثرين من الأمثلة والأحكام التى توضح الفكرة وتجعلها سائغة فى متناول القارئ العادى الذى قد تستهويه دراسة القانون ، فلا تصرفه بعد ذلك عن التوغل فيه وتفهم ميادينه المختلفة .

وفى هذه الطبعة الأخيرة حرصنا على إضافة أخر التعديلات التشريعية التى تناولت موضوع هذا المؤلف ، ومنها القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة ، والقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن بعض أوضاع إجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية . والقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ، والقانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية ، والقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام قانون الجنسية .

نسأل الله التوفيق إنه سميع مجيب .

دكتور / رمضان أبو السعود

فصل تمهيدى

فى التعريف بالحق

المبحث الأول

فكرة الحق بين المؤيدين والمنكرين لها

إن اصطلاح الحق لا يتغاير معناه فى اللغة او القانون فالشخص العادى يدرك المعنى الذى يحمله لفظ الحق ، كإدراك المشتغل بالقانون له . فإذا قيل فلاناً له الحق فى ملكية هذا المنزل او هذه السيارة ، أمكن بسهولة إدراك أن هذا الشخص يحق له دون غيره أن يستعمل هذا الشىء او يستغله أو يتصرف فيه ، وهكذا الشأن إذا قيل أن فلاناً ـ العامل - له حق فى مواجهة فلان - صاحب العمل - أو أن للدولة حق فى الحصول على الضرائب وهكذا ...

ولقد تعرضت فكرة الحق لهجوم كبير من بعض الفقهاء المحدثين وعلى راسهم الأستاذ الفرنسى Léon Duguit فقد كان ديجى من أشهر خصوم المذهب الفردى والذى ينادى بأن الانسان قد ولد ومعه طائفة من الحقوق الطبيعية ، ينبغى على القانون المحافظة عليها ، كما أن القانون فى نظر هذا المذهب يتأسس وجوده على الحق . فهاجم ديجى هذه الأفكار منكراً ما يسمى بالحقوق الطبيعية ، قائلاً بأن فكرة الحق فكرة فارغة من مضمونها ولا معنى لها .

فلا توجد ما تسمى بالحقوق الطبيعية ، فهى حقوق غير متصورة ، فالانسان إذا نظرنا اليه باعتباره منعزلاً وحيداً ، فلن تكون له حقوق ، فمثل هذا الانسان غير موجود . بل لا بد له من العيش فى جماعة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الحق يقتضى وجود شخصين ، صاحب حق وملتزم به ، فإذا وجد هذان الشخصان وجد الحق وبالتالى فنحن أمام جماعة وليس أمام شخص منعزل ، معنى ذلك أن الحقوق الطبيعية غير موجودة فهى أمر غير متصور إلا إذا تصورنا وجود مثل هذا الانسان المنعزل وهذا غير موجود .

كما ان فكرة الحق فكرة فارغة من مضمونها ، ذلك انه بمقتضى فكرة الحق فإنه يكون لشخص معيّن هو صاحب الحق السلطة والقدرة فى أن يأمر غيره ، اى

أن ارادة صاحب الحق تعد أسمى من إرادة الآخرين وإلا لما كان فى امكانه أن يأمرهم ، والمعنى الطبيعى لعلو إرادته هو نقص إرادة الآخرين ، معنى ذلك وبالضرورة أن فكرة الحق لا تقوم إلا إذا سلمنا بأن هناك تدرج فى إرادات الناس ، إرادة عليا لها سلطة الأمر ، وأخرى أدنى ليس لها سوى الخضوع ، ومثل هذا التدرج غير موجود فلا توجد إرادة بشرية تعلو على إرادة بشرية أخرى ، وينتج عن فقدان هذا التدرج ، فقدان ما يسمى بفكرة الحق . كما يقول ديجى بأنه فى كثير من الأحيان لا يمكن تصور وجود الحق . فمثلاً حين ترتكب جريمة من الجرائم ، أين الحق هنا ، لا يمكن أن يُقال - وإلا كان فى ذلك مسخ وتشويه للحقائق - انه يوجد الحق فى العقاب .

ولقد تأثر ديجى فى مذهبه هذا بأفكار علم الاجتماع التى ظهرت على يد دوركايم والتى تركز على المجتمع وتمنحه الأولوية على الفرد ، كما تأثر بأفكار أوجست كنت مؤسس علم الاجتماع الحديث الذى نادى بإنكار فكرة الحق ، فالانسان لديه ليس له إلا واجبات وليس له من حقوق إلا الحق فى أداء واجباته دائماً.

وبعد أن انكر ديجى فكرة الحق نادى بنظريته عن المركز القانونى (situation juridique) وتتلخص هذه النظرية فى أن المجتمع لا يعرف سوى القاعدة القانونية ، والقاعدة القانونية فى حكمها وضبطها لسلوك الناس قد تضع أحد الأشخاص فى مركز ايجابى وتضع غيره فى مركز سلبى ، وبعبارة أخرى فقد يجد الشخص نفسه ملزماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، الأمر الذى يؤدى من ناحية أخرى الى استفادة أخر أو أخرين من هذا العمل أو هذا الامتناع ، فيكون الشخص الأول فى مركز سلبى إذ هو مكلف ويكون الثانى فى مركز ايجابى أى مستفيد . فمثلاً هناك قاعدة قانونية تقضى بأن على المدين أن يفى ما عليه من دين للدائن ، وبناء على ذلك من يقترض يوجد فى مركز سلبى فهو مدين ، ومن يقرض يوجد فى مركز ايجابى فهو دائن . وليس معنى ذلك أن على الأول التزاماً وأن للثانى حقاً . ففكرة الحق كما قال ديجى وكما بيّنا منذ قليل تفترض امكان الانتقاص من إرادة الملتزم والاعلاء من إرادة المستفيد أو صاحب الحق وهذا فى نظر ديجى غير صحيح لتساوى الإرادات الانسانية .

وعلى ذلك يستغنى ديجى عن فكرة الحق مستعيضاً عنها بفكرة المركز القانونى الناشئ عن تطبيق القواعد القانونية ، تلك القواعد التى يستوى الأفراد فى الخضوع لها .

ومن الآراء التى ذهبت الى انكار فكرة الحق ، رأى يعتبر الحقوق مجرد وظائف اجتماعية ، وأن أصحاب الحقوق ما هم إلا موظفين عامين يوكل اليهم أمر إستعمالها بما فيه المصلحة العامة ، فمثلاً الملكية تعد وظيفة اجتماعية لا تستعمل إلا من أجل مصلحة المجتمع .

كما حاول البعض إنكار فكرة الحق من الوجهة التاريخية ، ذاهبين الى أن هذه الفكرة إنما هى فكرة حديثة مصطنعة لم تعرف فى الشرائع القديمة ولا سيما القانون الرومانى .

فكلمة (Jus) كانت تعنى قديماً العدل أو ما هو عدل . فالحق هو كل ما هو عدل. والعدالة كانت هى النتيجة أو الهدف الذى يسعى اليه رجل القانون لتحقيق العلاقات العادلة المتوازنة بين السلطات الممنوحة للملك وللحراس وللطبقات الأخرى من المواطنين وبين أموال الملاك المتجاورين أو الأشخاص الذين يدخلون فى روابط أو علاقات قانونية كعلاقة الفرد بالمسؤول وعلاقة الدائن بالمدين .

وتعنى كلمة حق بالنسبة للشخص ، ذلك النصيب الذى يعود عليه نتيجة هذا التوزيع العادل ، ذلك أن مفهوم العدل هو إعطاء كل ذى حق حقه ، أى أن الحق هو هذا الشىء أو تلك القيمة باعتبارها واقعة فى نصيب الشخص بمقتضى العدل. أى أن الحق هو الشىء أو القيمة ولا يعنى اطلاقاً السلطة التى يمكن أن يتمتع بها الشخص عليهما ، معنى ذلك ايضاً أن معنى الحق قديماً يختلف عن معناه الحديث الذى يعنى التسلط والاستئثار . ويتساءل هذا الفريق عن السبب فى تحول معنى الحق الى هذا المعنى الحديث . فيجد الإجابة على ذلك فى سببين . أولهما الأنانية النابعة عن الجهل والتى تؤدى الى إضمحلال الآفاق الذهنية لكل شخص ، الأمر الذى لا يجعل همه سوى فى إنماء جشعه فلا ينظر الى الشىء إلا من خلال مصلحته الفردية لا من خلال المصلحة العامة (أى مصلحة الجماعة) ، وعلى ذلك ففكرة الحق وجدت فى كافة العصور غير انها لم تلق ترحيباً من حكماء الرومان . وثانيهما هو تأثير الأفكار المسيحية التى لم تفهم الفهم الصحيح . فالمعروف أن المسيحية تعادى الأنانية ولكنها وبعيداً عن نطاق القانون قامت بتشجيع الانفرادية والتأمل كما انها بالغت فى أهمية تنمية القيم الفردية . وعلى ذلك فطريقة التفكير السائدة بين رهبان الأديرة والتى تميّزت بالانفرادية والتأمل من اجل خدمة المسيحية قد انتقلت الى مجال القانون ، ولذلك اكتسب الحق تلك المكانة السامية التى كفلت الاعتراف به وتقدمه لدى رجال الكنيسة .

ومن المنكرين أيضاً لفكرة الحق الأستاذ كلسن Kelsen . وتبدأ نظرية الأستاذ كلسن من مقدمة معيّنة وهى ضرورة استبعاد كل ما يرتبط بالاعتبارات السياسية والعقائدية والاجتماعية والفلسفية من نطاق دراسة وتحليل الظواهر القانونية . فدراسة هذه الظواهر ينبغى أن تقوم على النظر فى البناء المنطقى للقواعد الوضعية . فالقانون لديه هو نظام قائم فى مكان وزمان معيّن ، تتدرج قواعده فيما بينها على شكل هرمى بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى . وعلى قمة الهرم توجد قاعدة أساسية أو ضابط أساسى هو الذى يحدد السلطة أو الاختصاص الأعلى فى الجماعة السياسية . وقد ينشأ هذا الضابط الأساسى عن واقعة تاريخية كميلاد الدولة وقد ينشأ عن ثورة . ولا يجوز البحث فى صدد هذا الضابط أكثر من هذا القدر وإلا دخلنا فى نطاق الغيبيات . وتتلو هذه القاعدة الأساسية أو الضابط الأساسى درجات متتالية من الضوابط يتسم كل منها بطابع العمومية . ففى القمة يوجد الدستور فقواعد التشريع فالعرف فاللوائح والأحكام والعقود ، ومن مجموع هذه الضوابط يتكوّن النظام القانونى المتدرج .

وبعد أن أوضح كلسن نظريته فى تكوين النظام القانونى أنكر ما يسمى بالحقوق الفردية ، فالحق لديه لا يختلف عن قاعدة القانون الوضعى . أى أن الحق ليس سوى القاعدة القانونية منظوراً اليها من زاوية فردية . وبعبارة أخرى فإن الحق ما هو إلا تطبيق للقاعدة القانونية على فرد معيّن ، فكل قاعدة تقرر التزاماً معيناً ولكنها لا تقرر حقاً ذاتياً أو فردياً . وأن فكرة الواجب هى الأكثر وضوحاً . وأن الحق ليس إلا تمسكاً بأن ينفذ الطرف الآخر واجبه المفروض بمقتضى القاعدة القانونية . ويشرح كلسن هذه الأقوال فى عبارة أخرى مفادها ان كل قاعدة قانونية تضع شروطاً محددة تربط بينها وبين ترتيب أثر قانونى معيّن . وبناء على ذلك عندما يكون لفرد مصلحة ، فإنه يفصح عن ارادته فى تحريك هذه القاعدة القانونية فيكون النظام القانونى بكامله تحت تصرفه ضد الملتزم . أى أن الحق فى نظر كلسن ليس سوى وسيلة فردية لتنفيذ الالتزام .

وبرغم الانتقادات التى استهدفت هدم فكرة الحق فإن الفقه الغالب قد استقر على الابقاء على هذه الفكرة ومحاولة الرد على المنكرين لها .

نخلص مما تقدم أن المحاولات التى بذلت فى الفقه لهدم فكرة الحق ، لم يصادفها النجاح ، بل ويمكن ان نقول أن الأستاذ ديجى لم يهدم هذه الفكرة وإنما كل ما فعله هو أن قد استبدل مصطلح الحق بمصطلح المركز القانونى . وهذا

الاستبدال ، كما لاحظ البعض ، يعد أمراً متنافراً مع استعمال المصطلحات ، لأن كلمة الحق قد ذاع إستعمالها منذ القدم ، وأصبح مدلولها واضحاً فى أذهان الناس حتى العامة منهم ، وإحلال كلمة أو عبارة أخرى محلها يتنافر مع المبدأ الذى يقول (إن شيوع الاستعمال وقدمه يبقى دائمًا هو صاحب الكلمة العليا فى تغليب مصطلح على مصطلح) . ولهذا فإن الغالبية العظمى من الفقهاء تتمسك باصطلاح الحق ، كما أن سائر التشريعات تردده فى معظم نصوصها . لأن هذا المصطح – كما قيل بحق – يعد أحسن مصطلح يعبر عن الحقيقة القانونية ، ولأنه ليس هناك أية فائدة من إنكار وجود الحق ، وكل الجهود التى بذلت فى هذا الصدد قد انتهت الى مجرد تحوير فى التسمية » .

والشريعة الاسلامية تعرف اصطلاح الحق ، فكثيراً ما يستعمل فقهاء الشرع الاسلامى فى بعض الحالات لفظ « الحق » ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون حق الله وحق العبد . وقد يستعملون لفظ « الحقوق » ويريدون به فى بعض الحالات حقوق الارتفاق ، وفى حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات ، ويستعملون أحياناً لفظ « الالتزام » ويريدون به غالباً الحالات التى يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، أما الالتزامات التى تنشأ عن المسؤولية التقصيرية أو العقدية فتسمى لديهم بالضمانات .

والأصل أن الحق نوعان ، حق الله وحق العبد .

فحق الله ما تعلق به النفع من غير اختصاص بأحد ، فينسب الى الله تعالى لعظم خطره ، وشمول نفعه . وحقوق الله ثمانية ، عبادات خالصة كالإيمان ، وعقوبات خالصة كالحدود ، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث ،وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات ، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر ، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر ، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج ، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم . ويتبيّن من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة يتلاقى فيها الدين (أو الحق بطريقة مقابلة) مع القانون العام ثم القانون الجنائى مع القانون المالى .

ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن الشخص الذى تتصل مصلحته بحق من حقوق الله المتقدمة ، يمكن أن نقول عنه أنه صاحب مركز قانونى وليس صاحب حق ، فالحق هنا لله .

أما حق العبد فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان ، أى أن هذا الحق يدخل فى دائرة القانون الخاص . ولا يصح اعتبار صاحبه ذو مركز قانونى وإنما الأصح أن يقال أنه صاحب حق .

وهناك ما يجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحقوق الله ، وما يجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص ويلحق بحقوق العبد . والحق الذى من النوع الأول يمكن ان يطلق على المستفيد منه أنه ذو مركز قانونى ، أما الحق الذى من النوع الثانى فهو حق خاص كغيره من حقوق العباد .

معنى ذلك أنه من الممكن أن نستخلص أن الشريعة الاسلامية تعرف نظام المراكز القانونية الذى نادى به الأستاذ ديجى حيث تتعلق هذه المراكز بنطاق القانون العام . كما أنها تعرف الحقوق الفردية الخاصة التى تتصل بنطاق القانون الخاص .

والواقع انه لا يوجد تنافر بين فكرة الحق وفكرة المركز القانونى . وفى هذا المعنى كتب أحد الفقهاء « أن مدلول كلمة الحق لا يتوافر إلا فى علاقات القانون الخاص الذى يحكم النشاط الفردى . أما إذا انتقلنا الى علاقات القانون العام فإن هذا المدلول قد لا يتوافر . إذ أن بعض قواعده تنشىء مراكز قانونية يختلف معناها عن معنى الحق ، فمثلاً فى القانون الجنائى لا يمكن القول بأن الجريمة تعطى المجنى عليه حقاً فى العقاب ، بل هو يوجد فى المركز القانونى للمجنى عليه وأكثر من ذلك وفى نطاق القانون المدنى الذى يعتبر أقرب الفروع الى الحياة العادية للإنسان ، فإننا قد نصادف مركزاً قانونياً وليس حقاً ، ومثال ذلك حالة الشخص، ومركز الزوج .

ويبين إذن أن إنكار وجود الحق ليس صحيحاً على إطلاقه . وأن القول بأن فكرة الحق هى التى تحكم جميع المراكز ليس صحيحاً على اطلاقه . بل أن الحق موجود ، والمركز القانونى موجود ، ولا تنافر بينهما ، والنطاق الطبيعى لوجود الحق هو القانون الخاص ، والنطاق الطبيعى لوجود المركز القانونى هو القانون العام .... » .

المبحث الثانى

تعريف الحق

تمهيد :

برغم استقرار وجود فكرة الحق لدى الغالبية العظمى من الفقهاء ولدى سائر التشريعات ، فإن الخلاف مع ذلك موجود وبشكل واسع النطاق فى شأن تعريف الحق . وقد يرجع السبب فى ذلك الى صعوبة وضع تعريف معيّن لظاهرة قانونية معيّنة لا سيما إذا كانت هذه الظاهرة تتمتع بوصف التجريد الذى يجعلها تنطبق على حالات فردية لا يمكن حصرها ، فيصعب وضع مثل هذا التعريف الجامع المانع ، وقد يرجع السبب الى كثرة الحقوق وتنوعها مع ما يميّز منها من خصائص تختلف عن خصائص غيرها . وقد يرجع السبب فى أن التعريف هو عمل نظرى قد يتأثر باتجاهات معيّنة للمعرف . ولعل هذه الأسباب مجتمعة هى التى دفعت الأستاذ ديجى لإنكار فكرة الحق لصعوبة تعريفه ، غير أن صعوبة التعريف لشىء معيّن أو لظاهرة لا تؤدى الى انكار هذه الظاهرة أو هذا الشىء ، وإنما يمكن أن تتوافر التعريفات ، فيكون منها الصائب وقد يكون منها غيره . ولهذا وبرغم صعوبة تعريف الحق ، فقد كثرت محاولات الفقه لتعريف الحق .

فهناك من أقام التعريف بالنظر الى شخص صاحب الحق ، ففى إرادة هذا الشخص يكمن العنصر الجوهرى فى الحق . وهناك من نظر الى محل الحق وموضوعه أو ما يخوّله للشخص من مصلحة ، بينما وجدت اتجاهات أخرى تجمع بين العنصرين معاً فى تعريف الحق ، عنصر الإرادة وعنصر المصلحة مع خلاف فيما بينهما فى تغليب عنصر على آخر .

ونستعرض فيما يلى النظريات المختلف التى تناولت الحق بالتعريف .

أولاً : النظرية الشخصية أو نظرية الإرادة

تزعم هذه النظرية بعض كبار فقهاء القانون من الألمان امثال فيند شايد Windscheid وسافينى Savigny وجيرك Gierke .

الحق فى هذه النظرية هو قدرة (أو سلطة) إرادية يخوّلها القانون لشخص معيّن . فمهمة القانون لدى أنصار هذه النظرية هى وضع الحدود بين إرادات

الأشخاص . فالقاعدة القانونية إذ تنظم العلاقات فى المجتمع ، تحدد لكل شخص نطاقاً تسود فيه إرادته مستقلة عن كل إرادة أخرى ، وفى نطاق هذه الحدود يوجد الحق . فلا يتصور الحق بلا إرادة فردية . فالشخص الذى لا يريد لا ينشأ له حق أو ينتقل اليه وهكذا ، أى أن القانون لا يمكنه فرض حق على انسان لا يريده .

هذه القدرة لا يمنحها الشخص لنفسه وإنما يمنحها له القانون . فالقانون قد يضع قاعدة معيّنة تقضى مثلاً بأن حق الملكية ينشأ بوسائل معيّنة وينتقل بوسائل معيّنة ، كما أن هناك وسائل تحمى هذا الحق . فإذا أراد الشخص أن ينشىء له حق ملكية أو ينقله أو يحميه فعليه إتباع الوسائل التى حددها القانون . معنى ذلك أن هذه القدرة الإرادية لا تفهم على أنها قدرة ذاتية (أو محضة) للشخص خارج نطاق القانون وإنما تعنى القدرة المتفقة مع حكم القانون . وبعبارة أخرى فإن حرية الحركة مكفولة للإرادة فى إنشاء الحق أو تعديله فى حدود ما يضعه القانون من ضوابط وأحكام .

نخلص مما تقدم أن للحق فى هذه النظرية معنيان أو نوعان بحسب دور الارادة فيه .

أما النوع الأول ، فهو حق الشخص فى أن يسلك شخص آخر تجاهه مسلكاً معيناً إيجابياً كان هذا المسلك او سلبيًا . وكون الحق (فى هذا النوع الأول) سلطة ارادية إنما يعنى أن لإرادة صاحب الحق أن تضع أو لا تضع موضع التنفيذ القاعدة القانونية التى حددت سلوك الشخص الذى يثبت الحق فى مواجهته . فهذه القاعدة القانونية وضعها القانون تحت تصرف صاحب الحق متنازلاً له عما تتضمنه من أمر أو نهى . معنى ذلك أن يكون لصاحب الحق رخصة إستعمال أو عدم إستعمال هذه القاعدة ، وبوجه خاص إستعمال أو عدم إستعمال الوسائل التى قررتها ضد من يخالفها . ومؤدى ذلك أن سلطة الإرادة فى هذا النوع الأول من الحقوق لا تظهر فى مرحلة إنشائه وإنما فى مرحلة ممارسته .

وأما النوع الثانى من الحقوق ، فهو حق الشخص فى إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق سابق من النوع الأول ، كحق المالك فى أن يتصرف فى الشىء الذى يملكه، وحق الدائن فى أن يسقط الدين الذى له ، وحق المتعاقد فى أن ينهى العقد فى بعض الحالات ، ولذلك يكون المقصود من كون الحق سلطة إرادية هنا ، هو ان لإرادة صاحب الحق سلطة إنشاء او تعديل أو انهاء علاقة قانونية سابقة . معنى ذلك أن تدخل الإرادة فى هذا النوع الثانى من الحقوق لا يكون لمجرد وضع قاعدة سلوك قانونية موضع التنفيذ وإنما لانشاء قاعدة من هذه القواعد .

ثانياً : نظرية المصلحة

لا تعتمد هذه النظرية فى تعريف الحق على شخص صاحبه وإنما على موضوع الحق ، ولذلك عرفت هذه النظرية بالنظرية الموضوعية أو نظرية المصلحة Interessen dogma ، وقد تزعم هذه النظرية الفقيه الألمانى إهرنج Ihering.

والحق فى هذه النظرية هو مصلحة يحميها القانون Interêt Juridiquement protégé . فالحق يتكون من عنصرين ، احدهما موضوعى أو مادى والثانى شكلى .

اما العنصر المادى فيتمثل فى الغاية التى يحققها الحق لصاحبه ، وهذه الغاية تعبر عن ميزة أو منفعة معيّنة . فالحق من الناحية الموضوعية يمثل قيمة معيّنة مالية أو أدبية ، ومن الناحية الشخصية يمثل مصلحة لصاحبه تكمن فيها الغاية العملية من الحق ، وهذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية ، فهى مادية إذا كان الحق من الحقوق المالية ، وهى معنوية أو أدبية – فى حالة ما إذا كان الحق غير مالى ، ومن المصالح الأدبية منها ما يتعلق بشخصية الفرد وحريته وشرفه والاعتبارات المتعلقة بأسرته .

وهذه المصلحة هى التى توجه إرادة صاحب الحق ، ولذلك إذا كان للإرادة الحرية فى الاحتفاظ بالحق أو النزول عنه ، فإن ذلك لا يكون إلا على أساس ما يمثله الحق من مصلحة لصاحبه ، وإذا كان للإرادة أن تتخذ ما يلزم نحو حماية الحق من الاعتداء عليه فإن ذلك لكى تستفيد وتنتفع به ، وأيضاً إذا كان لإرادة صاحب الحق أن تتخيّر وجه استعمال الحق فإن ذلك يكون لتحقيق الفائدة المرجوة من هذا الاستعمال . معنى ذلك أن الارادة لا تتدخل فى الحق إلا بناءً وتبعًا للمصلحة ، ولذلك لا تعد الارادة من عناصر الحق .

وأما العنصر الشكلى فيتمثل فى حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية .

وبناء على ما تقدم قد يكون صاحب الحق شخصاً آخر غير الشخص الذى يقوم بمباشرته . فقيام الوصى أو القيم بمباشرة الحق لا ينفى أن الحق ثابت هنا للصغير أو المجنون . والعلة فى ذلك أن المصلحة المقصودة هى مصلحة الطفل أو المجنون لا مصلحة الوصى أو القيّم . فجوهر الحق إذن هو المصلحة .

ولكن ليس كل مصلحة يحميها القانون تعتبر حقًا ، وإنما المصلحة التى تعد

حقًا هى المصلحة التى يحميها القانون لذاتها . ولهذا نجد إهرنج يفرّق بين الحق والمصلحة المشروعة ، فالمصلحة المشروعة يحميها القانون بصفة عرضية غير مقصودة فى ذاتها وإنما فى الحدود التى تتفق فيها مع المصلحة العامة التى تعد هى المصلحة المقصودة أصلاً بالحماية ، ففرض رسوم جمركية على واردات معيّنة يقصد به أصلاً حماية مصلحة عامة ، ولكن يحقق ذلك مصلحة خاصة لأصحاب المصانع المحلية التى تنتج ذات الواردات، فيكون لهؤلاء مصلحة مشروعة وليس حقاً .

ثالثًا : النظريات المختلطة

إزاء الانتقادات السابقة لنظريتىّ الإرادة والمصلحة ، وجدت نظريات أخرى تجمع بين النظريتين ، مع إختلاف فيما بينهما على تغليب عنصر على آخر .

تغليب عنصر المصلحة :

ذهب البعض الى القول بأن العنصر الجوهرى فى الحق هو المصلحة ، وبناء على ذلك يكون صاحب الحق هو من يستفيد منه أى صاحب المصلحة . غير أنهم لم يكتفوا بهذا العنصر وإنما اضافوا اليه عنصر الارادة باعتبارها الوسيلة الضرورية لتحقيق المصلحة . فالحق إذن هو مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية لشخص .

تغليب عنصر الإرادة :

وذهب آخرون الى تعريف الحق بأنه قدرة لإرادة شخص يعترف بها القانون ويكفل حمايتها فى سبيل تحقيق مصلحة معيّنة .

وقيل نقداً لهذا الاتجاه بانه إذا لم يكن الحق قدرة أو مصلحة ، فإن الجمع بين القدرة والمصلحة فى تعريف واحد لا يضيف جديداً فى الكشف عن جوهر الحق . ولهذا يعيب النظريات المختلطة ، سواء منها ما غلبت عنصر المصلحة وما غلبت عنصر الإرادة ، ما يصيب كل من النظريتين السابقتين من وجوه النقد .

رابعًا : النظريات الحديثة

إزاء الانتقادات السابقة للنظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، وأمام إخفاق محاولات الجمع بين النظريتين ، ظهرت فى الفقه الحديث اتجاهات جديدة فى تعريف الحق نعرضها فيما يلى :

نظرية الأستاذ دابان Dabin :

قام الأستاذ جان دابان (وهو فقيه بلجيكى) فى مؤلفه عن الحق De Droit subjectif والمنشور فى عام ١٩٥٢ بدراسة النظريات السابقة وتحليلها ونقدها ، ثم إنتهى الى أن الحق تحدده عناصر أربعة وهى : ١- عنصر الاستئثار أو الاختصاص أو الاسناد (نسبة الحق لشخص معيّن Appartenance) ٢- عنصر التسلط Maitrise ٣- ثبوت الحق فى مواجهة الغير ٤- الحماية القانونية .

ومن مجموع هذه العناصر يعرف الأستاذ دابان الحق بأنه مكنة يسندها القانون لشخص معيّن ويضفى عليها حمايته بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاها فيما يملكه (وهذا هو الحق العينى) أو فيما هو مستحق له (وهذا هو الحق الشخصى) . ويعد الاختصاص فى الحالة الأولى مباشراً حيث ينصب على الشىء مباشرة (الحق العينى) ويعد فى الثانية غير مباشر (الحق الشخصى) حيث لا بد من تدخل المدين لكى يتمكن صاحب الحق من الحصول على ما هو مستحق له .

ونعرض فيما يلى لهذه العناصر بشىء من التفصيل .

عنصر الاختصاص والاستئثار :

إن جوهر الحق يتحدد بكونه إستئثاراً أو إختصاصاً من شخص لقيمة معيّنة . وهذا الاستئثار هو الذى يحقق المصلحة المقصودة ولكنه ليس المصلحة ذاتها . مثال ذلك أن إستئثار المالك بالقيمة التى يمثلها الشىء يقصد به أن يحصل المالك على مزايا هذا الشىء ، هنا يتضح الفارق بين الاستئثار وهو جوهر الحق وبين المزايا والمنافع التى يؤدى اليها .

هذا الاختصاص أو الإستئثار قد يمارس دون تدخل أحد من الناس ، حيث يتمثل فى علاقة مباشرة بين صاحب الحق والقيمة التى يرد عليها . فمن يملك داراً مثلاً . فهو يملكها دون سائر الناس ، وله الحق فى الحصول على منافع هذه الدار دون أن يتوقف ذلك على تدخل أحد ، فله أن يسكنها أو يؤجرها أو يبيعها ، فالاختصاص هنا مباشر . وقد يمارس الاختصاص بطريقة غير مباشرة حيث يقتضى الحصول علىٰ المنافع تدخل أحد الأشخاص وهو المدين ، حيث يجب عليه أن يفى بما التزم به طائعاً مختاراً ، فإن عصى عن الوفاء ، أمكن إكراهه عن طريق السلطة العامة للوفاء بما عليه .

معنى ذلك أنه لا ارتباط بين الاستئثار بالقيمة وبين الانتفاع بها . حقاً فإنه فى معظم الحالات يكون صاحب الحق هو المنتفع به ولكن ليس ذلك بقاعدة فى جميع الحالات . فقد يحصل غير صاحب الحق على منافعه كالمغتصب وواضع يده على مال غيره ، فهو ينتفع بالمال دون أن يكون صاحب الاختصاص به . وبهذا يستبدل الأستاذ دابان بفكرة المصلحة التى قال بها إهرنج فكرة الاستئثار ، كما يستبدل بفكرة التمتع أو الانتفاع ، فكرة التملك التى تحمل معنى الاستئثار بالشيء أو بقيمة مالية معيّنة .

وصاحب الحق هو شخص معيّن ، والأشخاص إما أن تكون طبيعية (انسان) أو معنوية (أشخاص اعتبارية كالجمعيات والمؤسسات والشركات) ، فلا يرتبط الحق بالإرادة ، ولذلك يستبدل الأستاذ دابان فكرة القدرة الإرادية التى قال بها سافينى وونشيد ، فيثبت الاختصاص بالأموال لفاقدى الأهلية والتمييز والغائبين، كما يثبت للأشخاص المعنوية كذلك رغم إنعدام الإرادة اليها .

ومحل الاختصاص هو قيمة معيّنة ، وتتنوع القيم محل الاختصاص الى قيماً مالية وغير مالية ، فهو يشمل الأشياء المادية كالعقارات والمنقولات بأنواعها المختلفة ، والأشياء المعنوية كورود الاختصاص على الكيان المادى والمعنوى للانسان مثل سلامة الجسم والاعتبار والمصنفات الذهنية ، وقد يرد على عمل معيّن يلتزم بأدائه شخص أخر هو المدين .

وأما عن أسباب الاختصاص ، فقد ترجع هذه الأسباب الى فعل الطبيعة (كالحق فى الحياة) وقد ترجع الى أسباب صناعية (كالحقوق الناشئة عن الاتفاقات) .

عنصر التسلط :

يعد عنصر التسلط فى نظر دابان نتيجة ملازمة لعنصر الاستئثار ، فطالما أن الشيئ مملوكاً لصاحب الحق ، فإنه يلزم من ذلك الاعتراف له بنوع من التسلط عليه . فالتسلط إذن هو ما يكون لصاحب الحق من سلطة على الشيء أو هو سلطة التصرف بحرية فى الشيء موضوع الحق . وهذه السلطة أو القدرة تعد من مقتضيات الاختصاص ، فحيث يخوّل القانون لشخص إختصاص بقيمة معيّنة ، فإنه يخوّله بالضرورة السلطة أو القدرة فى التصرف بحرية فى هذه القيمة . وحرية التصرف تعنى أن يتمكن صاحب الحق من التصرف فى الشيء محل الحق

مادياً باستعماله أو بعدم إستعماله ، وقانونياً بنقله الى الغير أو بترتيب حقاً للغير عليه .

معنى ذلك أنه يوجد فارق بين هذا التسلط بالمعنى السابق وبين استعمال الحق أو مباشرته . فالتسلط وكما رأينا يعد نتيجة لازمة للاستئثار لا يثبت إلا لمن يملك الحق أى لصاحبه . أما استعمال الحق ومباشرته ، فقد يكون بواسطة شخص أخر غير صاحب الحق . فالولى والوصى يباشر الحق نيابة عن القاصر ولحسابه ومع ذلك يظل التسلط لصاحب الحق ذاته بمقتضى تملكه للحق . فالتسلط يتوافر بلا شك لصاحب الحق ولو وجد مانع يحول بينه وبين مباشرة حقه بسبب ما به من نقص تمييز أو إنعدام ارادة .

ويختلف التسلط سعة وضيقًا بحسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحقوق.

فالأشياء المادية تتسع لتسلط كامل حيث تخضع هذه الأشياء خضوعاً تاماً للانسان ، ولذلك له أن يستعملها أو يستغلها أو يتصرف فيها بحرية .

أما الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان فإن مجال التسلط عليها أضيق نطاقاً (كالحق فى سلامة الجسم والحق فى الحياة والحق فى الحرية) فهو جزء من كيان الانسان فالتسلط عليها يعنى التمتع بها وصيانتها وإستعمالها دون أن يصل هذا التسلط الى حد التصرف فيها أى النزول عنها أو إعدامها أو نقلها الى الغير .

أما حق الدائنية (الحق الشخصى) الذى يكون موضوعه أداءً معيناً يقدمه شخص أخر هو المدين . فالتسلط فيه لا يقع على شخص المدين وإنما يقع فحسب على ما التزم به هذا المدين أى الأداء أو القيمة المالية لالتزامه . ويعنى هذا التسلط مقدرة صاحب الحق الشخصى فى المطالبة به أو عدم المطالبة به أو النزول عنه أو إبراء المدين منه أو حوالته للغير ، كل ذلك دون مساس بشخص المدين .

وبعبارة أخرى فإن القدرة على التصرف إنما تتقيّد بصفة عامة بما يرد على هذه القدرة من قيود يفرضها القانون أو الاتفاق .

إحترام الغير للحق :

يضيف الأستاذ دابان الى العنصرين السابقين عنصراً ثالثاً هو إحترام الغير للحق ، ويقصد بالغير هنا ، كافة الأشخاص فى المجتمع - حيث يلتزمون بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس باستئثار صاحب الحق وتسلطه عليه .

هذا العنصر يتوافر فى كافة أنواع الحقوق ، الشخصية والعينية والذهنية ، غير أن الحقوق الشخصية تتميّز بالاضافة الى ذلك بوجود التزام محدد على عاتق شخص معيّن هو المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل ، فيقع على عاتق هذا المدين واجب محدد هو إحترام هذا الحق ، ثم يقع على الكافة واجباً عاماً بهذا الاحترام ، فيأتى الاحترام الأخير للحق فى مرتبة ثانية فى الحقوق الشخصية .

ويراعى أن ثبوت الحق فى مواجهة الغير إنما يعنى أمران : أولهما أن الغير يجب عليه أن يحترم الحق الذى يثبت فى مواجهته ، ويتأتى ذلك بالامتناع عن كل عمل من شأنه الاضرار بصاحب الحق فى إستئثاره وتسلطه ، وثانيهما أنه إذا وقع اعتداء من الغير كان لصاحب الحق أن يدفع هذا الاعتداء بأن يقتضى احترام حقه .

فالغير ، يجب عليه عدم الاعتداء على الحق الذى ثبت فى مواجهته سواء فى حالة الاستئثار المباشر أو غير المباشر . ففى حالة الاستئثار المباشر وهو الذى يرد مباشرة على شىء معيّن ، يقع واجب عدم الاعتداء على الحق على الكافة ، لأن هذا الحق قد ثبت فى مواجهة الجميع . اما فى حالة الاستئثار غير المباشر والذى يرد على عمل أو إمتناع عن عمل ، فإن واجب عدم الاعتداء يقع أولاً على المدين بهذا الامتناع أو العمل ، ثم يقع ثانياً على الكافة الذين يلتزمون بعدم التدخل فى العلاقة بين الدائن والمدين .

أما بالنسبة لصاحب الحق ، فإن له أن يقتضى من الغير إحترام حقه وعدم الاعتداء عليه . وهذا الاقتضاء يعد نتيجة للحق وليست المقدرة على الاقتضاء هى التى تكون الحق « فالحق يوجد باعتباره استئثاراً أو تسلطاً . ووجود الحق سابق على الاقتضاء . ففى حق الدائنية مثلاً لا توجد القدرة على المطالبة إلا إذا وجد الدين من قبل . وجوداً يتمثل فى استحقاق أداء معيّن يكون بعد ذلك سبباً للاقتضاء وليس أدل على ذلك من أنه لا يوجد حاجة الى اقتضاء احترام الحق لعدم وقوع اعتداء عليه ، فالحق يوجد من قبل أن يعتدى عليه بل قد لا يعتدى عليه » .

الحماية القانونية :

وهذا هو العنصر الأخير للحق ، ومعناه أن يتدخل القانون لنقل الاستئثار من حالة واقعية الى حالة قانونية ، أى الى حق . فيضمن النظام القانونى والدولة الحقوق التى تم الاعتراف بها للأفراد . فالحق بمعنى الكلمة هو الحق الى يحميه المجتمع عن طريق ما يضعه من وسائل قانونية ، ومعنى ذلك أن مجرد إحترام الغير للحق لا يكفى فى حد ذاته . فالسارق يستأثر ويختص بقيمة المسروق ومع

ذلك فاستئثاره ليس حقاً فالقانون لم يحم استئثاره .

« والقانون إذ يضفى حمايته على الاستئثار إنما يفعل ذلك لأن هذا الاستئثار يكون جديراً بالحماية . ومعيار هذه الجدارة هومصلحة الجماعة فإذا غدا هذا الاستئثار غير متفق مع هذه المصلحة سحب القانون حمايته وصورة ذلك واضحة فى تشريعنا المدنى ، فأنت إذ يكون لك حق واستعملته إستعمالاً مشروعاً لم تكن مسؤولاً عما يصيب الناس من ضرر نتيجة هذا الاستعمال ، ذلك أن القانون يضفى عليك حمايته . أما لو استعملته استعمالاً غير مشروع فإنك تصبح مسؤولاً عن الأضرار التى تلحق بالناس ، لأنه فى اللحظة التى يعتبر فيها إستعمالها غير مشروع يسحب المشرع حمايته عنك ...»

وتعد الدعوى القضائية من أهم وسائل حماية الحق ، غير أنه ينبغى عدم الخلط بين الحق والدعوى . فالدعوى ليست إلا وسيلة من وسائل حماية الحق ، فهى تابعة للحق وتتمثل فى حق جديد هو الحق فى الدعوى القضائية لا يتضمن فى حد ذاته نزولاً عن الحق الذى يظل قائماً محترماً من الكافة .

ومن مظاهر هذا الاستقلال أيضاً أن الحق فى الدعوى قد يتوافر لشخص لا يكون له فى الأصل حقًا بالمعنى الدقيق ، مثال ذلك دعاوى الحيازة التى تحمى الحيازة . وقد يكون رافعها ليس له حق ، وإنما يستفيد هذا الشخص من حماية يضيفها القانون على واقعة مادية معينة – هى الحيازة – طبقاً لشروط معيّنة وذلك تحقيقاً لاعتبارات أمن المجتمع .

تقدير نظرية دابان :

من الملاحظ أن الأستاذ دابان قد وضح فى نظريته عدة ملامح أساسية تفادى بها ما وجه من نقد للنظريات السابقة فقد ميّز بين جوهر الحق (أى الحق فى ذاته) وبين مباشرته وإستعماله ، محدداً دور الإرادة فى هذا الصدد . كما أنه حرص على إستخدام تعبير الاختصاص أو الاستئثار بدلاً من تعبير المصلحة ، فالمصلحة، لا تعتبر حقاً إلا إذا تقررت للشخص على سبيل الاستئثار .

ويميل معظم الفقه المصرى الحديث الى الأخذ بنظرية دابان مع اختلاف فى صياغة التعريف المعطى للحق لدى كل فقيه .

نظرية الأستاذ روبييه Roubier :

صاغ الأستاذ روبييه نظريته عن الحق فى مؤلفه عن « الحقوق الفردية

والمراكز القانونية» (الصادر فى باريس عام ١٩٦٣) . وتبدأ هذه النظرية بالتفرقة بين « القاعدة القانونية » و « المركز القانونى » .

فالقواعد القانونية تتميّز - كما رأينا فى الجزء الأول من هذا المؤلف - بأنها عامة مجردة . والقواعد القانونية عندما تتضمن أحكامًا معيّنة (تكليفية أو وضعية) إنما تواجه بذلك تقابلاً بين المصالح التى تقوم بالموازنة بينها لتحديد مركز كل من أصحابها . ومعنى ذلك أن القواعد القانونية إنما تحدد المراكز القانونية لأصحاب المصالح المتقابلة . ومعنى ذلك أيضاً أن القاعدة القانونية إذا كانت عامة مجردة ، فإن « المركز القانونى » يعد فردياً .

ويتمتع المركز القانونى بثلاث خصائص الشرعية Légitimité ، احترام الغيرOpposabilité ، الجزاء Sanction .

أما الشرعية فمعناها أن يتطابق المركز القانونى مع القواعد القانونية التى تنظم المجتمع . وهذه الشرعية يتم تقديرها ووزنها إما وفقاً لسند اتفاقى أو قانونى أو قضائى .

واحترام الغير للمركز ، معناه أن يكون المركز القانونى حجة على الغير . وهذا الغير قد يكون هو الناس جميعاً - الكافة - وقد يكون شخص معيّن بالذات فى أحوال أخرى .

وأما الجزاء فمعناه أن يتمتع المركز القانونى بحماية قانونية من جانب السلطات القضائية ويستمد وصف « القانونى » من هذا الجزاء المقرر له .

نخلص مما تقدم أن المراكز القانونية هى مجموعة من المكنات والواجبات المتقابلة التى يقررها القانون لمواجهة المصالح المتقابلة للأشخاص والجماعات . وأن مضمون المراكز القانونية يتحلل الى مكنات وواجبات . فإما المكنات فتخول لمن تتقرر له اتباع أو اقتضاء مسلك محدد ، وأما الواجبات فتفرض على من تقع عليه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وإذا كانت ماهية وطبيعة المكنات والواجبات التى تتضمنها المراكز القانونية لا تختلف باختلاف هذه المراكز ، فإن نوعية تلك المكنات والواجبات تختلف فى بعض المراكز القانونية عنها فى البعض الآخر .

ويرجع هذا الاختلاف بين نوعية المكنات والواجبات الى أن المصالح التى تقرر المكنات والواجبات تحقيقاً لها تنقسم الى نوعين :

نوع أول يتضمن مصالح ذاتية تخص الشخص الذى تقررت له هذه المكنات ،

وهذا هو الشأن فى الحريات الشخصية التى تهدف مباشرة الى تحقيق المصلحة الذاتية لكل شخص .

ونوع ثان يتضمن مصالح غير ذاتية لا تخص الشخص الذى تقررت له هذه المكنات وإنما يخص سواه ، فتكون مصلحة جماعية أو غيرية أو يشترك فيها مع سواه فتكون مصلحة مشتركة . « من ذلك سلطة أجهزة الجماعات العضوية التى لا تتقرر لمصلحة هذه الأجهزة وإنما لمصلحة جماعية . ومن ذلك أيضاً سلطة الوصى التى لا تتقرر لمصلحته وإنما لمصلحة القاصر ، ومن ذلك أيضاً السلطة الأبوية التى تتقرر لمصلحة كل من الأب والابن » .

وعلى أساس إختلاف المصالح على النحو المتقدم يقسم الأستاذ روبييه المراكز القانونية الى نوعين :

مراكز شخصية Situation juridique subjectives .

ومراكز قانونية موضوعية Situations juridique objectives .

أولاً – المراكز القانونية الشخصية (أو الذاتية) :

وتنشأ هذه المراكز من الناحية القانونية عن طريق عمل إرادى أو عن طريق القانون . وتتضمن هذه المراكز نوعًا من المكنات والواجبات هدفه المباشر تحقيق مصلحة ذاتية للشخص الذى تقررت له هذه المكنات ، وإن كانت تتحقق من وراء تلك بطريق غير مباشر مصلحة لشخص آخر أو مصلحة عامة ترتبط بتلك المصلحة الذاتية المباشرة .

ويلاحظ أن المراكز القانونية الشخصية بما تخوّله من مكنات انما تتضمن أساساً قدرة التنازل عنها .

وفى هذا النطاق فقط يمكن التحدث عن الحق الذاتى بمعناه الصحيح والذى يتميّز – عند الأستاذ روبييه – بخصائص ثلاثة .

١– أنه يتضمن مكنة أو ميزة يتمسك بها المستفيد من المركز (أى صاحب الحق) .

٢– أن هذه المكنات القانونية التى يخوّلها الحق إنما تعد مالاً حقيقياً يوضع تحت تصرف صاحب الحق ، الأمر الذى يفيد تملكه له وقدرته فى نقله الى الغير .

٣– ان تلك المكنات التى يخوّلها الحق والتى تتضمن القدرة على التصرف ، تتضمن أيضاً القدرة على التنازل عنها .

ويقرر الأستاذ روبييه أنه فى كل حالة يتوافر فيها الحق على النحو السالف ، فإن الدعوى القضائية تقوم حتماً لحمايته .

كما يذهب أيضاً الى أن الحق بالمعنى السابق ، يتوافر ، فى حالات محدودة ، فى إطار القانون الخاص وفى إطار القانون العام .

ففى نطاق القانون الخاص ، يدخل فى مفهوم الحقوق ، الحق الشخصى والحق العينى وحقوق الملكية الصناعية ، والحقوق التى ترد على التركة ، وكل هذه الحقوق تدخل فى إطار ما يسمى بالحقوق المالية . أما فى نطاق الحقوق الأدبية فيوجد حق المؤلف أساساً .

وفى نطاق القانون العام توجد مكنات محدودة يمكن أن يطلق عليها وصف الحق وهى مكنات مالية ذات طابع خاص ، ومثالها حق الوحدات الإدارية على أملاك الدولة الخاصة ، والحقوق التى تترتب للأفراد نتيجة بعض الأنظمة القانونية كنظام امتياز المرافق العام ونظام اصدار القروض العامة ، وبعض الحقوق الشخصية (حقوق الدائنية) الخاصة بحق الموظف على راتبه عند حلول أجله .

ثانيًا – المراكز القانونية الموضوعية (غير الذاتية) :

وتتضمن هذه المراكز نوعًا من المكنات والواجبات هدفه المباشر تحقيق مصلحة غير ذاتية ، جماعية أو غير مشتركة لا تخص الشخص الذى تقررت له هذه المكنات ، وإن كانت قد تحققت من وراء ذلك وبطريق غير مباشر مصلحة ذاتية لهذا الشخص ، لما بين هذه المصلحة غير المباشرة والمصلحة المباشرة من إرتباط ، وطالما أن المكنات فى هذه المراكز تتقرر تحقيقاً لمصالح غير ذاتية ، فإن الطرف الذى تتقرر له هذه المكنات تكون وظيفته أو مهمته رعاية تلك المصلحة الجماعية أو الغيرية المشتركة ، بحيث يقع عليه واجب رعايتها .

وبعبارة أخرى فإن المراكز القانونية الموضوعية لا تقرر للوفاء باحتياجات فردية بل لإشباع اغراض تتعلق بالصالح العام ، ولذلك فهذه المراكز لا تترجم مزايا تسند الى الأفراد بل تقرر واجبات تلقى على عاتقهم . وفى هذا النوع من المراكز يتدخل القانون لتوجيه العلاقات بمقتضى قواعد ذات صفة آمرة فى أغلب الحالات .

وتنقسم المراكز القانونية الموضوعية – لدى روبييه – الى قسمين :

١ – مراكز رد الفعل Situations réactionelles :

وتمثل هذه المراكز مجرد رد فعل النظام القانونى ازاء واقعة معيّنة أو تصرف معيّن. وتكون الآثار التى يرتبها النظام القانونى لا تعكس إطلاقاً رغبة من ارتكب الفعل أو قام بالتصرف . وتتميّز هذه المراكز بعدم أسبقية أى حق على الدعوى القضائية . ومثالها حالة الاثراء بلا سبب ، ودعوى البطلان أو الفسخ للتصرف القانونى . هذا بينما يتميّز المركز القانونى الشخصى بسبق وجود الدعوى القضائية .

٢ – المراكز التنظيمية Situations institutionnelles :

وتتميّز هذه المراكز بسبق وجودها على الدعوى القضائية وترتب نتائج وآثار قانونية يستقل النظام القانونى بتحديدها بصفة أساسية ويغلب فيها مفهوم الواجب على مفهوم الحق . ويلاحظ أن هذه المراكز يتدخل الشخص فى إنشائها عن طريق التصرف أو الواقعة القانونية ولكن دوره يقف عند هذا الحد لأن القانون هو الذى يتولى تحديد مضمون المركز القانونى ويعمل على ترتيب حقوق والتزامات أطرافه ومن أمثلة هذه المراكز ، الزواج ، علاقة البنوة ، السلطة الأبوية .

تقدير نظرية روبييه :

من الملاحظ أن هذه النظرية قد سدت نقصاً وفراغاً فى النظريات السابقة التى تعرضت لتعريف الحق . فهذه النظرية قد بصرت البصر الصحيح بمدى التنوع الكبير فى المراكز القانونية ، وحددت لكل مجموعة من هذه المراكز مواصفات محددة تتميّز بالدقة والشمول .

كما لا يخفى أن هذه النظرية قد امتازت بميزة كبرى وهى تحديدها لمعالم المراكز القانونية الموضوعية والتى تتغلب فيها فكرة الواجب على فكرة الميزة الأمر الذى يبعد بنا عن اطلاق وصف الحق الذاتى عليها . وإنما الأصح فيها انها مراكز قانونية متكاملة تتماسك فيها المكنات والواجبات بشكل متكامل .

خامساً : التصوير المختار لفكرة الحق

عرضنا فيما سبق للنظريات التى تناولت الحق بالتعريف ، وقد عنينا بصفة خاصة بعرض نظرية الأستاذ روبييه فى المراكز القانونية لما لها من الفضل فى إبراز جانب هام من جوانب المشكلة .

وفى صدد التعريف الذى نختاره لفكرة الحق ، نتخيّر تعريف الأستاذ الدكتور جلال العدوى . وذلك لأن تعريفه لفكرة الحق قد انطوى على تفادى المآخذ الذى رأيناها واردة على النظريات السابقة ، كما أنه فى تعريفه قد ميّز بين الحق وبين غيره من المكنات التى تتضمنها المراكز القانونية الشخصية الموضوعية .

فالحق هو « مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة » .

أى أن الحق يتكوّن من عنصرين :

العنصر الأول : هو المكنة القانونية المحددة ، والثانى هو المصلحة الذاتية المباشرة .

العنصر الأول – المكنة القانونية المحددة :

« يتوقف وجود الحق على أن يقرر القانون لشخص مكنة اتباع أو إقتضاء مسلك محدد . ولهذا فإن المكنة التى يتكوّن منها الحق وتعد عنصراً فيه تكون مكنة سلوكية قانونية ومحددة .

فهى :

أولاً : مكنة مسلكية تخوّل لصاحبها ان يتبع او ان يقتضى مسلكاً ايجابياً أو سلبيًا . فصاحب حق الملكية يمكنه أن يتبع هو نفسه السلوك الذى يحقق له الانتفاع بالشىء الذى يملكه . وصاحب حق الدائنية يمكنه أن يقتضى من المدين السلوك الذى يحقق إستيفاء الدين .

ثانياً : مكنة محددة ، بمعنى أن السلوك الذى تخوّل لصاحبها اتباعه أو إقتضائه يكون سلوكاً محدداً . وفى هذا يختلف الحق عن الحرية التى تتميّز بأنها تخوّل لصاحبها إتباع سلوك غير محدد .

ثالثًا : مكنة قانونية ، وليست مجرد مكنة فعلية مادية . فمجرد تمكن الشخص من القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لا يعنى أن له حق القيام ، أو الامتناع عنه ، وإنما يلزم أن يقرر له القانون ذلك . ومجرد إعتراف الأخلاق للشخص بمكنة اتباع أو اقتضاء مسلك معيّن لا يعنى أن له حقًا قانونيًا ، وإنما مجرد حق أدبى .

هذه المكنة القانونية المحددة التى تعد هى العنصر الأول فى الحق تختلف عن السلطة الإرادية التى قالت بها نظرية الإرادة وذلك من ناحيتين :

الأولى : هى ان المكنة المسلكية تختلف عن السلطة الإرادية بقدر ما يختلف السلوك عن الإرادة ، رغم ما فيها من ارتباط يؤدى الى تأثر السلوك بالإرادة التى قد يصدر عنها .

الثانية : هى ان المكنة بالمعنى السابق تخوّل لصاحبها ، ليس فقط أن يضع موضع التنفيذ قاعدة السلوك التى خالفها شخص آخر كما تقول نظرية الإرادة ، وإنما تخوّل أيضاً لصاحبها ان يسلك هو نفسه مسلكاً معيناً من قبل أن يعتدى على حقه . وبذلك يتم تفادى ما أخذ على نظرية الإرادة من أن الحق يوجد من قبل أن يعتدى عليه .

أيضًا فإن المكنة التى تعد العنصر الأول فى الحق تختلف عن التسلط الذى قالت به نظرية الأستاذ دابان . فالمكنة بالمعنى السابق قد تكون مكنة تسلط وقد تكون مكنة اقتضاء أو بعبارة أخرى قد تكون مكنة اتباع مسلك معيّن وقد تكون مكنة إقتضاء مسلك معيّن .

ويمكن تحديد متى تكون المكنة مكنة اقتضاء بالرجوع الى محل الحق . ذلك أن التسلط لا يتصور حيث يكون محل الحق شيئاً أو عملاً يقوم به صاحب الحق نفسه . أما حيث يكون محل الحق عملاً أو امتناعاً عن عمل يقع على عاتق شخص آخر ، فإنه لا يمكن القول بأن صاحب الحق يكون له التسلط على شخص المدين أو نشاطه . ومما يدل على ذلك أن القيام بالعمل أو الامتناع عنه يتوقف على تدخل المدين تدخلاً يتصل بشخصه . ولهذا إذا امتنع المدين عن التدخل لم يجبر على ذلك وإنما ينفذ العمل على نفقته أو يحكم عليه بالتعويض .

ومؤدى ذلك انه حيث يكون محل الحق عملاً أو امتناعًا عن عمل يقع على عاتق شخص آخر ، فلا نكون بصدد مكنة تسلط وإنما بصدد مكنة اقتضاء . ولهذا قلنا أن المكنة التى يخوّلها الحق لصاحبه هى مكنة اتباع أو إقتضاء مسلك معيّن . فهى تكون مكنة اتباع مسلك معيّن إذا كان محل الحق شيئًا أو عملاً يقوم به صاحب الحق نفسه ، وعندئذ فقط تعد مكنة تسلط . وهذا هو الشأن فى حق الملكية الذى يرد على شىء مادى يمكن التسلط عليه باتباع السلوك الذى يحقق لصاحبه استعماله او استثماره أو التصرف فيه . وهذا هو الشأن أيضًا فى حق التقاضى الذى يخوّل لصاحبه التسلط على رفع دعواه الى القضاء أو إبداء دفوعه امامه ، وذلك بأن يتبع هو نفسه المسلك اللازم » .

العنصر الثانى - المصلحة الذاتية المباشرة :

« إذا كان الحق ليس مجرد مصلحة يحميها القانون كما رأت نظرية المصلحة ، وإذا كان الحق هو مكنة إتباع أو إقتضاء مسلك معيّن كما رأينا ، فإن الغاية من الحق والمكنة التى ينطوى عليها هى تحقيق مصلحة ذاتية مباشرة لها قيمة اجتماعية ، فالحق لا يتقرر ولا يجوز استعماله إلا تحقيقاً لهذه الغاية . ولهذا فإن إستعمال الحق لا يكون مطلقاً متروكاً لمحض تقدير صاحبه يمارسه لتحقيق ما يشاء من أغراض كما كان السائد تحت تأثير النزعة الفردية المتطرفة . وإنما يتقيّد إستعمال الحق حتى فى النطاق المحدد له بعدم الانحراف عن الغاية التى تقرر من أجلها . وهذا ما يقتضيه التوفيق بين إطلاق المذهب الفردى لحرية الفرد فى إستعمال حقه وتطرف بعض انصار المذاهب الجماعية الىٰ حد إنكار فكرة الحق وإطلاق فكرة الوظيفة الاجتماعية .

والمصلحة التى يتقرر الحق تحقيقاً لها بحيث تعد الغاية منه تكون مصلحة ذاتية مباشرة لصاحب الحق . فإذا لم تكن المصلحة المقصودة تحقيقها مصلحة ذاتية لم نكن بصدد مركز شخصى ينطوى على حق من الحقوق ، وإنما بصدد مركز غير شخصى أى موضوعى ينطوى على سلطة من السلطات . صحيح أن المصلحة الذاتية يجب أن تكون لها قيمة اجتماعية وإلا ما عمل القانون على تحقيقها بتقرير حق لصاحبها ، إلا أن ذلك لا ينفى عن هذه المصلحة صفتها الذاتية ولا يؤدى الى الخلط بينها وبين المصالح غير الذاتية جماعية كانت أم غيرية أم مشتركة » .

المبحث الثالث

التفرقة بين الحق والحرية والرخصة

تمهيد :

حرية التملك ، رخصة التملك ، حق التملك ، ثلاثة تعبيرات ، قد يبدو لأول وهلة أنها تعبر عن شىء واحد ، ولكن بشىء من التأمل يتضح أنها تعبيرات مختلفة لا يجوز أن تجمع فى صعيد واحد لما بينها من أوجه خلاف قانونية .

ولقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يفرّق بين الحقوق والحريات أو

الرخص العامة ، فلقد كانت المادة الخامسة من هذا المشروع تقضى بأن : « الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة » . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقاً على هذا النص ، بأنه « يقصد بالحق ... كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد ، كحق الشخص فى ملكية عين من الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون أو حقه فى طلاق زوجه . أما عدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز ، فرخص أو اباحات كالحريات العامة وما اليها » ويلاحظ أن هذا النص قد تم حذفه فى لجنة المراجعة باعتباره أدخل فى عمل الفقه منه فى عمل المشرع .

ويلاحظ كذلك ان الفقه الحديث فى مجموعه يبصر بهذه التفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة . غير ان هذا الفقه يسوى بين الحريات والرخص العامة ، فيعتبرها مترادفات لمعنى واحد . ولكننا سنرى أن الاختلاف كبير بين محض الحرية العامة وبين الرخصة .

وإذا شئنا التفرقة بين الحرية والرخصة والحق لمثلنا ذلك بطريق يوجد فى نهايته شىء ما ، فمن يوجد فى أول الطريق فلديه الحرية فى أن يبتدئ فى سلوك هذا الطريق أو يعزف عنه ، وإذا رغب فى سلكه فقد تعدى مرحلة الحرية وبدأت الإرادة فى الظهور لغرض أو لنحو معيّن وعندما يصل الى منتصف الطريق ، عندئذ يكون له رخصة مدعمة بإرادة واعية راغبة يحدوها الأمل فى الاستئثار بالشىء الذى يوجد فى نهاية الطريق ، غير أنها لوجودها فى المنتصف لم تصل بعد الى الاستئثار بهذا الشىء ، وتلك هى الرخصة ، أما إذا تجاوز الشخص منتصف الطريق واستمر حتى بلغ نهايته فاستأثر بهذا الشىء ، عندئذ يكون له الحق بالمعنى الذى رأيناه .

وعلينا الآن أن نحدد ماذا يعنيه اصطلاح الحرية والرخصة والحق بكل دقة مبرزين النتائج المترتبة على هذا الاختلاف بين هذه المصطلحات .

الحرية والحق :

من الثابت أن النظام القانونى يمنح للأشخاص مجموعة من الحريات العامة كحرية الاعتقاد وحرية الاجتماع ، وحرية الرواح والمجيء ، وحرية التعاقد وحرية

التملك . ومن الثابت أيضاً أن القانون يسبغ حمايته على هذه الحريات من أى إعتداء يقع عليها .

غير أن هذه الحريات تختلف عن الحقوق بمعناها الفنى فى النقاط الآتية :

أولاً : ان الحق يرد على محل محدد أو قابل للتحديد ، فإذا لم يكن الشىء محل الحق محدداً ، أو كان العمل الذى يرد عليها الحق غير قابل للتحديد ، فلا ينشأ الحق . هذا التحديد أو القابلية للتحديد لمحل الحق تنعكس على غايته ، فتكون هذه الغاية هى الأخرى محددة . فالحق إذن يتعلق بمركز قانونى يتمتع بحدود معيّنة ، كما أن له هدف محدد لا يجوز الخروج منه .

أما الحرية فلا ترد على محل محدد بطبيعته أو قابل للتحديد بأى طريقة أو سبيل ، فهى عبارة عن أوضاع عامة غير منضبطة وليست واضحة الحدود والمعالم ولا تتقيّد بمسلك معيّن يجب اتباعه ، وهذا هو الشأن فى حرية العقيدة والرأى والانتقال وحرية التزوج .. وطالما أن حدود الحرية غير واضحة وغير منضبطة فإن الهدف منها هو الآخر يعد هدفاً غير واضح أو منضبط ، فالشخص عندما يتمتع بالحرية فهو ليس مطالب باتباع مسلك معيّن وإنما له مكنة إتباع أى مسلك لم يمنعه القانون .

فحرية الانتقال تخوّل للشخص مكنة الانتقال بأى وسيلة وفى أى وقت ، أما حق الانتقال الناشىء عن عقد النقل فهو يخوّل للشخص مكنة الانتقال من مكان معيّن الى مكان آخر معيّن أو قابل للتعيين .

ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز مسائلة الشخص لأنه قد أساء استعمال حريته ، فنظرية التعسف فى إستعمال الحق لا تنطبق – فى الرأى الغالب – على إستعمال الحريات ، فلا يتصور مسائلة شخص تزوج بفتاة معيّنة ، وترك قريبة له، فجوهر الحرية كما رأينا هو جواز السير فى طريق أو فى آخر ، واختيار طريق معيّن دون آخر ولو كان تحكمياً او متنافياً مع المنطق أو مع مصلحة شخص معيّن لا يمكن أن يعد خطأ موجباً للمسؤولية .

أما الحق فطالما كان محدداً من حيث الوسائل والأهداف ، فلا يجوز الخروج على هذا الهدف ، وبالتالى يمكن مسائلة الشخص إذا خرج عن الهدف المحدد للحق فأساء إستعمال حقه . وهذا ما قرره المشرع (فى المادة الخامسة من القانون المدنى) .

ثانياً : ان الحق من حيث الأصل له صفة الخصوصية أما الحريات فلها صفة العمومية على وجه الإطلاق .

«فالحقوق إذ تفترض وجود روابط قانونية ، إنما تفترض وجود الأفراد فى مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحق فى مركز ممتاز عن غيره من الناس بما تخوّله له من تسلط أو اقتضاء، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستئثار أو الانفراد دون سائر الناس.

بينما الحريات العامة ... على العكس من ذلك لا تفترض وجود روابط قانونية بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هى تفترض وجود الأشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما يخوّله من سلطات . ولذلك فهى لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعاً بالحريات العامة على قدم المساواة دون إستئثار واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين . فحرية السير فى الطرق العامة مثلاً لا تفترض وجود رابطة قانونية ، أى لا تفترض تفاوتاً فى مراكز الأفراد بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعاً فى نفس المركز بالنسبة لها ، أى فى ذلك المركز العام المشترك من إمكان التمتع بها من قبل الجميع ، تمتعاً لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين » .

« فالفرق بين الحقوق والحريات العامة إذن كالفرق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصًا بشخص معيّن يختص به اختصاصاً حاجزاً مانعاً لغيره من الناس ، والثانى لا يكون خاصاً بأحد ، بل يشترك الجميع فى استعماله دون استثناء » .

ثالثاً : ينشأ الحق بمقتضى واقعة قانونية تستثير تطبيق قاعدة قانونية ، أما الحرية فتستند الى محض المبادئ العامة . فالشخص لكى يصبح مالكاً مثلاً ، لا بد وأن يستند الى نص معيّن من نصوص القانون كنص المادة ٩٦٨ من القانون المدنى والتى نقضى بأنه « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون إنقطاع خمس عشرة سنة » . ولا بد أيضاً الى جانب هذا النص أن تتحقق شروط تطبيقه أى حدوث الواقعة التى تستثير هذا النص وهى واقعة الحيازة بالشروط الواردة فى النص . فإذا تحقق ما تقدم نشأ للشخص حق فى ملكية .

أما حرية التملك فلا تحتاج الى نص قانونى محدد وإنما يكفى للتمتع بها وجود مبدأ قانونى عام ، والمبادئ العامة لا تحتاج الى نصوص لانشائها ، حتى ولو تدخلت السلطة بإصدار نصًا يتضمن مبدأمن هذه المبادئ ، فمثل هذا النص لا يعدو أن يكون تقرير لأمر سابق على وجود هذا النص .

« فالمبادئ العامة تعلو القواعد القانونية المحددة وتزيد عليها فى الأهمية ، لأنها تعبر عن فلسفة المجتمع ، التى تسيطر على القواعد المحددة . ولئن كانت القاعدة القانونية من خلق المجتمع ، فالمبادئ العامة هى وليدة التراث والحضارة الانسانية وفرضتها ظروف المجتمع البشرى من خلال تطوره الطويل واكتشفها العقل بأنها تتفق مع المنطق السليم . فحرية الزواج تستند الى المبادئ العامة . فلسنا فى حاجة الى نص قانونى لكى نقرر أن للشخص أن يتزوج أو لا يتزوج وإن أراد أن يتزوج فله أن يقترن بمن يريد ، وفى الزمان والمكان الذى يناسبه » .

ويترتب على كون الحريات مستندة الى المبادئ العامة ، أنها تثبت لكل شخص دون توقف على وجود قاعدة خاصة تنشأ عنها ، ولذلك قيل عنها أنها حريات عامة ، وهى لذلك أيضًا تعد لصيقة بالشخص وبالتالى فلا يجوز النزول عنها ، أما الحقوق فالأصل فيها ، هو جواز النزول عنها باستثناء ما يكون منها لصيقاً بالشخص وهو ما يعد خروجاً عن هذا الأصل .

الرخصة والحق :

بعد أن اتضح لنا الفرق بين الحرية والحق ، يمكننا الآن أن نميِّز بين الرخصة والحق . فالرخصة توجد فى مركز متوسط بين الحرية والحق ، وتلك هى المنزلة الوسطى بين الحرية والحق . فحرية التملك وحق الملك ، الأولى حرية والثانية حق وما بينها منزلة وسطى ، هى حق الشخص فى أن يتملك وتلك هى الرخصة فى نظرنا ، وهى ما يطلق عليها الأستاذ الجليل المغفور له الدكتور عبد الرزاق السنهورى المنزلة الوسطى .

« فلو أن شخصاً رأى داراً أعجبته ورغب فى شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع ، كانت له (حرية التملك) عامة فى الدار وغيرها ، فهذه (حرية) وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ، وهذا حق ، ولكنه قبل القبول وبعد الايجاب فى منزلة وسطى بين (الحرية) و (الحق) بالنسبة الى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد (حرية) فى تملك الدار

كغيرها من الأعيان التى لا يملكها . ومن جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك فى الدار ، بل هو بين بين ، له أكثر من حرية التملك وأقل من حق الملك . له الحق فى أن يتملك ، إذ يستطيع بقبوله البيع ، أى بإرادته وحده ، أن يصبح مالكاً للدار » . وتلك هى الرخصة .

معنى ما تقدم أن الرخصة تمثل تقدماً من الشخص نحو الوصول الى الحق ذلك بعد أن تجاوز مرحلة الحرية . والرخصة بهذا المعنى تعبر عن حرية الاختيار المستمدة من القانون . حيث تسمح هذه الامكانية للشخص بأن يغيّر مركزه القانونى بقصد انشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانونى .

والرخصة بالمعنى السابق أيضاً قد تتشابه مع الحق . فقد رأينا أن الحق واضح المعالم والحدود كما هو واضح ومحدد فى غايته وهدفه ، والرخصة كذلك قد اقتربت من الحق من حيث هذا التحديد فهى تخيير بين بدائل معروفة مقدمًا ومحددة أو ممكنة التحديد . مثال ذلك رخصة الموصى له فى قبول الوصية ، فله أن يقبلها أو يرفضها وكذلك أيضاً الرخصة الممنوحة للشريك فى المال الشائع فى أن يطلب القسمة أو لا يطلبها ، وكذلك رخصة المسترد فى أن يسترد الحصة المبيعة أو لا يستردها ، وأيضًا الرخصة الممنوحة للشفيع فى أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها وهكذا ...

الرخصة إذن تقتضى جريان سبب أو واقع معيّن مستمد من القانون ، غير أن هذا السبب لا يؤدى الى وجود الحق وإنما ينشأ عنه ما هو دون الحق ، وهى الرخصة ، وإستعمال الرخصة بمقتضى هذا السبب الجارى قد ينتهى الى إنشاء الحق أو بصفة عامة التغيير فى المركز القانونى للشخص .

ويلاحظ أن الفقه الغربى الحديث قد بصر بهذا الفارق بين الحق والرخصة ، فيعرفها الفقيه الألمانى (فون تور Von tuhr) بأنها « مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانونى خاص ، فى أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته » ويعرفها الأستاذ روبييه (فى مقاله المنشور فى أرشيف فلسفة القانون لسنة ١٩٦٠) بأنها « الخيار الممنوح لشخص معيّن والذى بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانونى وفقاً لمصلحته وفى حدود هذه المصلحة ، فهى نوع من إمكانية الاختيار مستمدة من القانون لكى يسمح لشخص معيّن بان يغيّر مركزه القانونى » .

ولكن لم يكن الفقه الغربى الحديث هو الأسبق فى تبيّن هذا الفارق بين الحق

والرخصة (أو المنزلة الوسطى بين الحرية والحق) فقد سبقه الى ذلك الفقه الاسلامى بعدة قرون طويلة .

وننقل هنا ما قاله شهاب الدين القرافى ، الفقيه المالكى الذى توفى سنة ٦٨٤ هجرية ، فى كتابه الفروق :

« إعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى اللّه عنهم أطلقوا عبارات بقولهم : من ملك أن يملك هل يعد مالكًا أم لا ؟ ويخرجون على ذلك فروعاً كثيرة فى المذهب :

– منها إذا وهب الماء له فى التيمم هل يبطل تيممه بناء على أنه يعد مالكاً ، أم لا يبطل بناء على أنه لا يعد مالكاً ؟

–ومن عنده ثمن رقبة . هل يجوز له الانتقال للصوم فى كفارة الظهار أم لا ؟ قولان مبنيان على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟

–ومن قدر على المداواة فى السلس أو التزويج (مرض النوم) هل يجب عليه الوضوء أم لا ؟ قولان مبنيان على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا ؟

وكثير من هذه الفروع زعموا أنها مخرجة على هذه القاعدة ، وليس الأمر كذلك ، بل هذه القاعدة باطلة ، وتلك الفروع لها مدارك غير ما ذكروه .

وبيان بطلانها أن الانسان يملك أن يملك أربعين شاه ، فهل يتخيّل أحد أنه يعد مالكاً الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه ، على أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجرى فى وجوب الصداق أو النفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة ، لأنه ملك أن يملك عصمتها ؟ والانسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد أنه يعد الآن مالكاً لهما ، فيجب عليه كلفتهما ومؤنتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة ؟ بل هذا لا يتخيّله من عنده أدنى مسكة من العقل أو الفقه .

وكذلك الانسان يملك أن يشترى أقاربه ، فهل يعده أحد من الفقهاء مالكاً لقريبه فيعتقه عليه قبل شرائه ، على أحد القولين فى هذه القاعدة على زعم من اعتقدها ؟ بل هذا كله باطلاً بالضرورة ، ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تحصى ، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة ، بل القاعدة التى يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف فى بعض فروعها لا فى كلها – أن من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك ؟ قد يختلف فى هذا

الأصل فى بعض الفروع ، ولذلك مسائل :

المسألة الأولى : إذا حيزت الغنيمة فقد انعقدت للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك ، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا ؟ قولان ، فقيل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعى رضى اللّه عنه ، وقيل لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رضى اللّه عنه .

المسألة الثانية : العامل فى القراض ، وجد فى حقه سبب يقتضى المطالبة بالقسمة واعطاء نصيبه من الربح ، فهل يعد مالكًا بالظهور ، أو لا يملك إلا بالقسمة وهو المشهور ؟ قولان فى المذهب .

المسألة الثالثة : العامل فى المساقاة ، وجد فى حقه من العمل ما يقتضى المطالبة بالقسمة وتمليك نصيبه من الثمن ، فهو لا يملك إلا بالقسمة ، أو يملك بالظهور وهو المشهور على عكس القراض ؟ قولان فى المذهب .

المسألة الرابعة : الشريك فى الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضى المطالبة بأن يملك الشقص المبيع بالشفعة ، ولم ار خلافاً فى انه غير مالك .

المسألة الخامسة : الفقير وغيره من المسلمين ، له سبب يقتضى أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره ، أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق ، كالجهاد والقضاء والفتيا . وغير ذلك مما شأن الانسان أن يعطى لأجله . فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكاً وهو المشهور ؟ قولان .

فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك ، فى تمشيتها عسر لكثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضى مطالبته بالتمليك ولا غير ذلك من القيود – فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان ، لضعف المناسبة جداً ، أو لعدمها البتة ، أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك – فهو مناسب لأن يعد مالكاً من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، واقامة السبب البعيد مكان السبب القريب – فهذا يتخيل وقوعه قاعدة فى الشريعة . أما مجرد ما ذكروه فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك فى غاية البعد عن المناسبة ، فلا يمكن جعله قاعدة » .

ونستطيع أن نقرر مع العلامة السنهورى رحمه اللّه (فى كتابه مصادر الحق

فى الفقه الاسلامى) أن القرافى يميّز بين أوضاع ثلاثة:

(أولاً) : وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك أربعين شاه ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادمًا أو دابة ومن ملك أن يشترى أقاربه إذا كانوا عبيداً . هؤلاء جميعاً لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثانى الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة ، ولا على الرابع العتق . ومعنى ذلك أن هؤلاء جميعاً ليس لهم حق الملك وإنما لهم حرية التملك والحرية ليست بحق .

(ثانياً) : وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، كما فى حيازة الغنيمة بالنسبة الى المجاهدين وفى بيع الشريك لنصيبه بالنسبة الى شريكه الشفيهع، وفى بيت المال بالنسبة الى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك ، فهؤلاء أيضاً ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتمليك . فالمجاهد لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة ، والشفيع لا يملك الشخص المبيع إلا إذا أخذ بالشفعة ، والفقير لا يملك شيئاً من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وتلك هى المنزلة الوسطى بين الحرية والحق ، فهى دون الملك وفوق حرية التملك ، أى تكون هى رخصة التملك .

(ثالثاً) : وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضاً أو شقه فى دار ، فهذا هو الذى له حق الملك . وليس حرية أو رخصة .

الحرية والرخصة :

بعد أن اتضح لنا مفهوم الرخصة واختلافها عن الحق ، نستطيع أن نميّز بينها وبين الحرية ، فهى من حيث المدى أكثر من محض الحرية .

فالرخصة كما رأينا هى تخيير بين بدائل معروفة مقدماً وهذا بخلاف الحرية حيث يكون التخيير بغير حدود ونتائجه تكون غير معلومة مقدماً .

كما تختلف الحرية عن الرخصة فى وجود السبب الذى يمنح مكنة الاختيار ، فالسبب موجود فى الرخصة متخلف فى الحرية . فحرية التملك تعنى حرية مطلقة فى سلوك أى سبيل للتملك أو فى عدم سلوكه . أما رخصة التملك فتعنى جريان سبب يقتضى المطالبة بالتمليك . فالشفيع قبل بيع الشريك لنصيبه ، له حرية التملك ، أما إذا باع الشريك نصيبه ، عندئذ يكون للشفيع رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة بها .

خطة البحث

بعد أن فرغنا من عرض النظريات المختلفة التى قيلت فى تعريف الحق ، وبعد أن اثبتنا التعريف الذى نرتاج اليه . وبعد أن فرقنا بين الحرية والرخصة والحق ، كان لزاماً علينا أن نمضى فى دراسة نظرية الحق . حيث تقتضى هذه الدراسة أن نعرض أولاً لعناصر أو أركان الحق . وفى هذا الصدد نعرض أولاً لأشخاص الحق سواء كانت أشخاص طبيعية أم معنوية أو اعتبارية . والحق لا بد له من محل يرد عليه ، ولذلك نعرض لمحل الحق كركن أو عنصر ثان فيه . وبعد أن نفرغ من تحديد أركان الحق ، نعرض بعد ذلك لأنواع الحقوق المختلفة ، ثم نعرض بعد ذلك لبيان مصادر الحق وأخيراً لحماية الحق واستعماله .

وبذلك تتحدد دراسة نظرية الحق فى الأبواب الآتية

الباب الأول : عناصر الحق .

الباب الثانى : أنواع الحقوق .

الباب الثالث : مصادر الحق .

الباب الرابع : حماية الحق واستعماله .

الباب الأول
عناصر الحق

تقسيم :

أشرنا منذ قليل أن للحق ركنان :

الركن الأول : وهو الشخص اى صاحب الحق . والشخص قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً معنوياً او اعتبارياً .

الركن الثانى : هو محل الحق أى ما يقع عليه الحق ، وقد يكون هذا المحل شيئاً معيناً كما هو الحال فى الحقوق العينية ، وقد يكون عملاً من الأعمال أو إمتناع عن عمل كما هو الحال فى الحقوق الشخصية .

الفصل الأول
الأشخاص

تمهيد :

راينا فى القسم الأول من هذا الكتاب أن القاعدة القانونية إنما تخاطب المكلفون وهم الأشخاص . فتلك القاعدة تتوجه بخطابها الى سلوك الشخص ، ولذلك قلنا أن القاعدة القانونية قاعدة سلوكية .

ويقصد بالشخص كل كائن يمكن أن ينسب اليه الحق إيجابًا بأن يكون صاحباً له ، أو سلباً بأن يلتزم باحترامه . ومن هنا يتبيّن أن الشخص يعد ركناً أساسيًا فى الحق ولذلك ليس بصحيح ما يذهب اليه البعض من إنكار وجود صاحب الحق .

ويعد الأستاذ ديجى من زعماء هذا الإنكار ، فقد رأينا انه قد أنكر فكرة الحق فى ذاتها ، وقد أدى ذلك وبالضرورة الى إنكاره لعناصر أو أركان الحق ومنها شخص صاحب الحق . فالحق لديه ما هو إلا القاعدة القانونية منطبقة على الأفراد المستفيدين بحكمها . وبعبارة أخرى فإنه طالما كان محور نظرية ديجى هو فى وجود قاعدة قانونية ، فإن البحث يجب أن ينصب على المخاطب بالقاعدة وليس على صاحب الحق الذى لا وجود له فى نظر ديجى . وبناء على ذلك فإن القاعدة القانونية طالما كان جوهرها أمراً أو نهياً ، فإنه لا يتصور أن تتوجه إلا الى من كانت له الإرادة لتلقى الأمر أو الانصياع للنهى . وبذلك ينتهى الأستاذ ديجى الى عدم ثبوت الصفة القانونية للكائنات القانونية غير الآدمية (الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية) ولا الى الأشخاص الطبيعية عديمة الإرادة والتمييز . فمن ليس له إرادة لا تتوجه اليه القاعدة القانونية ، بل أنه إذا وجدت قاعدة تخص هؤلاء فإنها تتوجه ليس اليهم وإنما الى من يمثلونهم من أوصياء أو أولياء أو قامة .

ولا يخفى ما لهذه النتائج التى ترتبت على نظرية ديجى فى الحق من مخالفة صارخة لحكم القوانين الوضعية ، ولذلك كان من الطبيعى الا تجد هذه النظرية قبولاً فى الفقه أو القضاء .

والى جانب محاولة الأستاذ ديجى فى إنكار شخص الحق ، وجد فى الفقه – ولا سيما الفقه الألمانى – من نادى بفكرة الحق دون صاحب وأساس هذا الراى أن

الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ما هي إلا محض افتراض قانوني لتحقيق الغرض من رصد مجموعة من الأموال - كما في المؤسسة ، أو من تجمع مجموعة من الأفراد - كما في الجمعية - . وإذا كان الأصل هو إسناد الحق الى شخص طبيعي باعتباره صاحباً له ، وذلك لتحقيق غرض متعلق به ، فإنه إذا لم يوجد مثل هذا الشخص الطبيعي ولكن وجد الغرض أو الهدف الجدير بالتحقيق ، فإنه يكفي هذا الغرض لإمكان قيام حق يستند اليه دون حاجة الى إسناد هذا الحق لشخص وهمي غير موجود . معنى ذلك أن ها الراى يصل الى تصور وجود الحق دون أن يكون هناك شخص يسند اليه .

والواقع أن هذا الرأى ينطوى على تعارض ملحوظ ، فهو يعترف أولاً بوجود الحق ، ثم يدعى ثانياً بإمكان وجود الحق دون صاحب ولا يخفى ما في هذا القول من تناقض . فهو يرى في الشخص عنصراً في الحق ، ثم يذهب الى وجود حق دون صاحب أو شخص يسند اليه .

كما أن هذا الرأى وإن كان قد حارب فكرة الحيلة أو الافتراض القانوني بانكاره لفكرة الشخصية المعنوية ، إلا أنه قد وقع في ذات الفكرة التي حاربها . فهو قد أسند الحق الى الهدف أو الغرض دون اسناده الى الشخص المعنوى مع تسليمه بوجود مبدأ صاحب الحق ، ومعنى ذلك أنه قد اعتبر الهدف - في حقيقة الأمر - هو صاحب الحق ولا يخفى ما في ذلك من حيلة أو افتراض قانوني جديد لا يستقيم مع منطق هذا الرأى .

ولذلك فالمستقر فقهاً هو الاعتراف بوجود صاحب للحق يمكن أن يسند اليه الحق . وصاحب الحق هو الشخص . وتعبير الشخص في لغة القانون يختلف عن مدلوله في اللغة العادية . فعندما يطلق لفظ شخص في اللغة العادية ، انما يقصد بهذا الشخص الانسان الآدمي ذو الارادة الواعية العاقلة . أما في لغة القانون فيعني لفظ الشخص ، الكائن ذو الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام ، أو هو الكيان الذي يعنيه القانون لكي تتعلق به الحقوق والواجبات . ومعنى ذلك أن تعبير الشخص في لغة القانون لا يستلزم الآدمية . فهناك من هو أدمي ومع ذلك فقد لا يصلح لاكتساب الحق وللتحمل بالالتزامات . وهذا هو شأن الرقيق في الشرائع القديمة . فالقانون الروماني مثلاً كان يعتبر الرقيق من الأشياء ، بحيث لم يكن يتمتع بأى مظهر من مظاهر الشخصية وإنما كان ملكاً للسيد يتصرف فيه بأى تصرف يراه كتصرفه في ماله . ومع تقدم المدنية والاعتراف بحقوق الانسان في

كل المجتمعات المتحضرة إختفى نظام الرق وأصبح كل انسان متمتعاً بالشخصية القانونية ، أى أصبح فى إمكانه أن يكون صاحب حق .

غير انه يلاحظ أنه لا يشترط لوجود الشخصية القانونية أن يكون للانسان المقدرة على اكتساب الحق والتحمل بالالتزام بنفسه . فتلك المقدرة تثبت للانسان إذا وصل الى مرحلة التمييز . ولكن إذا تخلف التمييز فليس معنى ذلك أن الانسان لا يعد شخصاً فى نظر القانون ، حيث لازال برغم إنعدام تمييزه صالحاً لاكتساب الحق وللتحمل بالالتزام ، ليس عن طريق نفسه وإنما عن طريق من يمثله .

وإذا كان القانون يعترف للانسان بالشخصية القانونية ، فليس صحيحاً أن من لم يكن انساناً لا يتمتع بالشخصية القانونية . فقد تقتضى الضرورة الاعتراف لغير الانسان (وتلك هى جماعات الأموال والأشخاص) بالشخصية القانونية ، كما هو الحال فى شأن الجمعيات والمؤسسات ، وتسمى تلك بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية . فهى تصلح لاكتساب الحق وللتحمل بالالتزامات .

فشخص الحق إذن ، هو الشخص القانونى أى الشخص الذى يحيا حياة قانونية . وقد يكون هذا الشخص طبيعياً (أى انساناً) وقد يكون غير آدمى فيكون معنوياً أو إعتبارياً .

ولذلك ندرس فى مبحث أول الشخص الطبيعى .

وفى مبحث ثان الشخص المعنوى .

المبحث الأول

الشخص الطبيعى La Personne Physique

تمهيد وتقسيم :

الشخص الطبيعى هو الانسان أو الفرد . وكل انسان – اليوم – وفى الشرائع الحديثة يعد شخصاً قانونياً . كما أن ثبوت الشخصية القانونية للانسان لا يرتهن – كما قدمنا – بوجود الإرادة الواعية القادرة على مباشرة التصرفات القانونية ، فعديم الإرادة أو ناقصها يعد شخصاً فى نظر القانون . معنى ذلك أن الناس جميعاً سواء من حيث التمتع بنفس الشخصية القانونية .

وإذا كان الناس سواء فى التمتع بالشخصية القانونية ، إلا أنهم ليسوا سواء فى إكتساب ذات الحقوق . حيث يتفاوت أفراد الناس فى مدى ما لكل منهم من أهلية وجوب ، فقد تكون هذه الأهلية كاملة شاملة لكافة الحقوق والالتزامات عند البعض ، وناقصة أو قاصرة على بعض الحقوق والالتزامات عند أخرين .

وشخصية الانسان تبدأ بولادته حيًا وتنتهى بموته ولذلك فإن أول ما نعرض فى دراسة الشخص الطبيعى هو لبدء الشخصية ونهايتها .

والشخص بمجرد ولادته لا بد له من اسم يتميَّز به عن غيره ، لذلك يلزمنا دراسة الاسم وحمايته . كما يجب أن ندرس بعد ذلك لحالة الشخص المكوِّنة لمركزه القانونى ، سواء ما تعلق منها بالجانب السياسى أى إنتمائه الى وطن معيَّن ، ثم إنتسابه لأسرة معيَّنة أى حالته العائلية ، أو اعتناقه لدين معيَّن ، أى لحالته الدينية. كما نعرض بعد ذلك لدراسة أهلية الانسان القانونية والتى تعبِّر عن صلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، كما تعبر عن قدرته فى مباشرة التصرفات القانونية . والانسان متى باشر التصرفات القانونية فإنه يلزم له محلا يخاطب فيه بشأن هذه التصرفات ، وهذا هو الموطن . كما أن لكل انسان ذمة مالية مستقلة تتألف من مجموع ما له من حقوق وما عليه من التزامات .

نخلص مما تقدم أن نقاط البحث فى الشخصية القانونية للانسان تتحدد فيما يلى :

المطلب الأول : بدء الشخصية ونهايتها .

المطلب الثانى : الاسم .

المطلب الثالث : الحالة .

المطلب الرابع : الأهلية .

المطلب الخامس : الموطن .

المطلب السادس : الذمة المالية .

المطلب الأول

بدء الشخصية ونهايتها

(١) بدء الشخصية

تقضى المادة ٢٩ من التقنين المدنى بأن :

«١-تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهى بموته .

٢-ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعيّنها القانون .

يتبيّن من هذا النص ان المشرع يشترط لثبوت الشخصية للانسان أن يولد وأن تكون ولادته حياً . ويتبيّن من النص ذاته أن للحمل المستكن قبل الميلاد حقوقاً هو الآخر ينص عليها القانون .

نعرض فيما يلى لهذه الأمور .

شروط ثبوت الشخصية للانسان :

أولاً : الميلاد :

ويقصد بالميلاد خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً . ويتحقق ذلك بقطع الحبل الصرى الذى يربط الجنين بأمه . فلا يكفى خروج الجسم دون البعض الآخر ، وهذا هو المقصود « بتمام الولادة » . وبناء على ذلك إذا خرج بعض أعضاء المولود أو معظمها الى الحياة ، ولكنه مات قبل أن يخرج الباقى ، فلا تثبت له الشخصية القانونية .

هذا الحكم يتفق مع قول الأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعى ويخالف مذهب أبى حنيفة المعمول به قبل صدور قانون الميراث سنة ١٩٤٣ . فلقد كان الحكم فى هذا المذهب ، هو ثبوت الشخصية للانسان إذا خرج معظمه حياً حتى ولو مات بعد ذلك مباشرة ، فكأنه قد خر حياً كله فيرث ، وإن خرج أوله حيّاً ثم مات فكأنه خرج كله ميت ولم يرث ، وذلك لأن للأكثر حكم الكل . وبناء على ذلك قالوا لو أنه خرج برأسه فالمعتبر صدره ، أى إذا خرج صدره كله وهو حى يرث وإن خرج برجله فالمعتبر صرته ، فإن خرجت صرته وهو حى يرث ، وإلا فلاميراث له وبناء على هذه القواعد يرى الإمام الأعظم انه إذا ضرب رجل امرأة حبلى فأسقطت جنيناً

ميتاً، فإن الشخصية تثبت للجنين ، على اعتبار أنه ولد حياً حكماً .

هذا وقد صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث ولم تعد أحكام المذهب الحنفى هى الواجبة التطبيق . فقد اشترطت المادة ٤٣ من هذا القانون لثبوت الارث للحمل أن يولد حيًا ، أى يجب إنفصاله إنفصالاً كاملاً عن أمه . وقد سار على نفس المبدأ أيضاً قانون الوصية الصادر سنة ١٩٤٦ ،حتى جاء التقنين المدنى المصرى الجديد ، وأكد هذا الحكم باشتراطه تمام الولادة .

ثانيًا : الحياة :

ويشترط ثانيًا لبدء الشخصية القانونية أن يولد الوليد حياً ، فلا يكفى انفصاله عن أمه ، بل يجب أن ينفصل حياً ولو للحظة واحدة . ويمكن التعرف على حياة المولود ببعض المظاهر كالصراخ والحركة والتنفس . لا يكفى إذن أن تثبت للمولود الحياة أثناء الولادة إذا ما زالت عنه قبل تمامها ، كما لا يهم أن يكون السبب الذى حال دون ولادة الجنين حيًا ، يرجع الى فعل بعض الأشخاص كقيامهم بإجهاض الأم أم حدث ذلك دون تدخل من أحد .

ومع ذلك فالجنين الذى يموت فى بطن أمه أو الذى يموت أثناء الولادة تكون له شخصية قانونية وكذلك أيضاً من إنفصل عن أمه باجهاض ، فالمهم هو الميلاد الحى ولو لبرهة قصيرة ، وعند الاختلاف فى هذه النقطة يمكن لقاضى الموضوع أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء فى هذا الصدد .

وتظهر أهمية تحديد لحظة الميلاد فى حالة الميراث ، فإذا توفى الجنين قبل تمام الولادة ، فإنه إذا ولد الطفل حياً فإن حقه فى التركة يدخل فى ذمته حتى ولو مات بعد ذلك مباشرة ، أما إذا لم يولد فإنه لايعتبر من الورثة .

نخلص مما سبق انه إذا توافر الشرطان السابقان ، أى إذا تمت ولادة الانسان حيًا ، تثبت له الشخصية القانونية ، حتى ولو مات بعد لحظات من ميلاده ، إذ تعتبر شخصيته هنا قد ثبتت بالميلاد وانتهت بالوفاة .

فلا يشترط التشريع المصرى لثبوت الشخصية القانونية للمولود أن يكون قابلاً للحياة Viabilité كما اشترط التشريع الفرنسى . وإنما اكتفى بولادته حياً Vivant حتى ولو كان المولود غير قابل للحياة .

اثبات واقعة الميلاد :

يلاحظ أن واقعة الميلاد تعد واقعة مادية وبالتالى يمكن اثباتها بكافة الطرق ومن بينها شهادة الشهود ومع ذلك ونظراً لخطورة واقعة الميلاد والآثار المترتبة عليها عنى المشرع المصرى فى المادة (٣٠) من التقنين المدنى بالنص على أن «١-تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . ٢- فإذا لم يوجد هذا الدليل او تبيّن عدم صحة ما ادرج بالسجلات . جاز الاثبات بأى طريقة أخرى» . كما نصت المادة ٣١ على أن « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ، ينظمها قانون خاص» . والقانون المنظم لهذا الموضوع هو القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ فى شأن الأحوال المدنية ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار من وزير الداخلية رقم ١١٢١ لسنة ١٩٩٥.

وطبقاً للمادة الرابعة من قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ «تختص مكاتب الصحة بتلقى اخطارات التبليغ عن وقائع الميلاد والوفاة التى تحدث داخل جمهورية مصر العربية للمواطنين والأجانب المقيمين ، كما تختص باصدار شهادة للتحصين ضد الأمراض تسمح بمتابعة المولود صحياً فى حالة الميلاد وإصدار تصريح بالدفن فى حالة الوفاة .

ولوزير الصحة أن يحدد الجهة والشخص الذى يتلقى تبليغات الميلاد والوفاة بالجهات التى ليست بها مكاتب صحة ، على أن تقوم تلك الجهات بإرسال التبليغات لمكاتب الصحة التى تتبعها خلال سبعة أيام من تاريخ تلقى التبليغ ، وتقوم مكاتب الصحة بقيد التبليغات وإرسالها لأقسام السجل المدنى المقابلة» .

وطبقاً للمادة (٦) من القانون المشار اليه «تختص مصلحة الأحوال المدنية وفروعها بتسجيل وقائع الأحوال المدنية المشار اليها... فى سجلات الوقائع المقابلة، كما تختص بإصدار شهادات الميلاد والوفاة وبطاقات تحقيق الشخصية وقيد الأسرة وصور من جميع قيود الأحوال المدنية المسجلة لديها على النحو المبيّن بهذا القانون ولائحته التنفيذية» .

ويراعى أن « لأى شخص أن يستخرج من مصلحة الأحوال المدنية وفروعها صورة رسمية من قيود الوقائع المتعلقة به أو بأصوله او بفروعه أو بأزواجه . وللجهات القضائية طلب صورة رسمية من اى قيد من هذه القيود . ويجوز لمدير مصلحة الأحوال المدنية أو من ينيبه اعطاء الصور المشار اليها فى الفقرة السابقة لكل ذى شأن من غير ما تقدم ذكرهم ... وتصدر كل من شهادة الميلاد وشهادة

الوفاة لأول مرة بالمجان » (مادة ٨ من القانون) .

وتقضى المادة التاسعة من هذا القانون بأن : « كل تسجيل لواقعة أحوال مدنيةحدثت فى دولة أجنبية لأحد مواطنى جمهورية مصر العربية يعتبر صحيحاً إذا تم وفقاً لأحكام قوانين تلك الدولة بشرط الا يتعارض مع قوانين جمهورية مصر العربية » .

كما تقضى المادة العاشرة بأن : « تمسك قنصليات جمهورية مصر العربية السجلات لقيد التبليغات عن وقائع الأحوال المدنية وطلبات الحصول على البطاقات وصور قيود الوقائع من قسم سجل مدنى المواطنين بالخارج ، وتنظم اللائحة التنفيذية الاجراءات التى تتبع فى هذه الأحوال » .

هذا وقد تضمنت المواد من ٣٥ الى ٤١ من اللائحة التنفيذية ، لكيفية التبليغ عن واقعات الميلاد التى تحدث فى الخارج .

وإعمالاً للمادة ١٩ من قانون الأحوال المدنية فإنه: « يجب التبليغ عن وقائع الميلاد خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ حدوث الواقعة ويكون التبليغ من المكلفين به على نسختين من النموذج المعد لذلك ومشتملاً على البيانات والمستندات التى تحددها اللائحة التنفيذية والتى تؤكد صحة الواقعة » .

أما الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الولادة فهم على الترتيب المذكور فى المادة (١٩) من القانون ، بحيث لا تقع مسئولية على أحدهم إلا فى حالة عدم وجود أحد من الفئات السابقة عليهم فى الترتيب ، كما لا يقبل التبليغ من غير المكلفين به .

وهؤلاء الأشخاص هم على الترتيب الآتى :

١- والد الطفل إذا كان حاضراً .

٢- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النموذج الذى تبيّنه اللائحة التنفيذية .

٣- مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات .

كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذى تبيّنه اللائحة التنفيذية .

ويجب على الأطباء والمرخص لهم بالتوليد إعطاء شهادة بما يجرونه من ولادات تؤكد صحة الواقعة وتاريخها واسم أم المولود ونوعه ، كما يجب على أطباء الوحدات الصحية ومفتشى الصحة إصدار شهادات بنفس المضمون بعد توقيع الكشف الطبى إذا طلب منهم ذلك فى حالات التوليد الأخرى .

و« يجب التقدم بالتبليغ بواقعة الميلاد الى مكتب الصحة الذى حدثت بدائرته واقعة الميلاد أو الى الجهة الصحية التى يحددها وزير الصحة بقرار يصدر منه فى الجهات التى ليست بها مكاتب صحة أو الى العمدة أو الشيخ أو غيرها من الجهات ، وعلى الجهات الصحية أو العمدة أو الشيخ إرسال التبليغات الى مكاتب الصحة التى يتبعها كل منهم خلال سبعة أيام من تاريخ تلقى البلاغ » (مادة ٢٢ من القانون) .

كما « يجب على الموظف المختص بمكاتب الصحة تسجيل التبليغات المستوفاة لجميع البيانات المؤكدة لصحة الواقعة وبياناتها بدفتر المواليد الصحى فور تلقى التبليغ وتسليم المبلغ شهادة التحصين ضد الأمراض المنصوص عليها فى المادة (٤) من هذا القانون » (مادة ٢٣ من القانون) .

و« إذا حدثت واقعة ميلاد لأحد المواطنين خلال رحلة عودته من الخارج فيكون التبليغ عن الواقعة الى مكتب الصحة أو الجهة الصحية فى محل الاقامة وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الوصول » (مادة ٢٤ من القانون).

وبالنسبة للأطفال اللقطاء ، فلقد قضت المادة (٢٥) من القانون بأنه :

« إذا عثر على طفل حديث الولادة مجهول الوالدين يسلم فوراً بالحالة التى عثر عليه بها لإحدى الجهات الآتية :

١- إحدى المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثى الولادة .

٢- جهة الشرطة (مركز - قسم - نقطة شرطة) التى عثر عليه بدائرة اختصاصها .

٣- العمدة أو الشيخ فى القرى .

وفى جميع الأحوال يتم تسليم الطفل لإحدى المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثى الولادة لرعايته صحياً ، وإخطار جهة الشرطة التى يتعيّن عليها تحرير محضر بالواقعة وندب طبيب الجهة الصحية المختصة لتوقيع الكشف الطبى عليه .

وتنظم اللائحة التنفيذية واجبات كل من جهة الشرطة وطبيب الجهة الصحية، والاجراءات التى تتبع حتى إصدار شهادة الميلاد على الا يذكر فيها أنه لقيط .

وإذا رغب أى من والدى الطفل فى الاقرار بأبوته أو أمومته وجب عليه أن يتقدم بطلبه الى جهة الشرطة التى عثر عليه بدائرتها ، وتنظم اللائحة التنفيذية الاجراءات التى تتبع فى هذا الخصوص » .

و« يكون قيد الطفل غير الشرعى طبقاً للبيانات التى يدلى بها المبلغ وعلى مسئوليته عدا إثبات اسمى الوالدين أو احدهما فيكون بناء على طلب كتابى ممن يرغب منهما ووفقاً للاجراءات المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية .

ولا يكسب القيد فى السجل أو الصور المستخرجة منه أى حق يتعارض مع القواعد المقررة فى شأن الأحوال الشخصية » (مادة ٢٦ من القانون) .

أما بالنسبة لمواليد المحارم وللعلاقات غير الشرعية ، فلقد قضت المادة (٢٧) من القانون بأنه :

« إستثناء من حكم المادة السابقة لا يجوز إثبات اسم الوالد أو الوالدة أو كليهما بالتبليغ وذلك فى الحالات الآتية:

١- إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر إسماهما .

٢- إذا كانت الوالدة متزوجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها .

٣- بالنسبة الى غير المسلمين إذا كان الوالد متزوجاً وكان المولود من غير زوجته الشرعية فلا يذكر اسمه ، إذا كانت الولادة قبل الزواج أو بعد فسخه » .

ويراعى أنه « إذا توفى مولود قبل التبليغ عن ولادته ، فيجب التبليغ عن ولادته ثم وفاته ، أما إذا ولد ميتًا بعد الشهر السادس من الحمل فيكون التبليغ مقصوراً على وفاته وتنظم اللائحة التنفيذية الاجراءات والمستندات الواجب ارفاقها بالتبليغ » (مادة ٢٨ من القانون) .

و « يجب على الموظف المختص بتلقى التبليغات بمكاتب الصحة التحقق من مطابقة البيانات الثابتة بالتبليغ على المستندات المرفقة قبل قيد التبليغ بدفتر المواليد الصحى ، كما يتعيّن على الموظف المختص بقيد وقائع الميلاد بأقسام السجل المدنى مراجعة بيانات التبليغ على ذات النحو قبل قيد الواقعة بسجل المواليد » (مادة ٢٩ من القانون) .

وأخيراً « تعتبر السجلات التى تمسكها المصلحة وفروعها بما تشتمل عليها من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم قضائى ، ويجب على جميع الجهات الحكومية وغير الحكومية الاعتداد فى مسائل الأحوال المدنية بالبيانات المقيّدة فى هذه السجلات والصور الرسمية المستخرجة منها . وعلى مدير مصلحة الأحوال المدنية أو من ينيبه إصدار قرار بالغاء القيود التى تمت بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وكل ما ترتب عليها » (مادة ١٢ من القانون) .

مركز الجنين (الحمل المستكن) :

رأينا أن المادة (٢٩) من التقنين المدنى بعد أن قررت فى فقرتها الأولى أن شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حياً ، أضافت فى فقرتها الثانية قولها « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعيّنها القانون » .

فالأصل أن الجنين لا يعتبر شخصًا مادام لم يولد ، ولكن قد تكون للجنين مصلحة فى أن تثبت له شخصية منذ وجوده حتى يمكن توريثه من أبيه مثلاً أو إفادته من وصية أو وقف يتمان قبل ميلاده ولذلك جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢٩ مدنى لتقرر أن حقوق الحمل المستكن يعيّنها القانون .

ومن الحقوق التى اعترف القانون بها للجنين حقه فى ثبوت نسبه الى أبيه ، وحقه فى أن يرث أقربائه إذا ماتوا وهو فى بطن أمه (مادة ٤٢ وما بعدها من قانون الوصية) ، وكذلك حقه فى الوقف (قبل الغاء الوقف على غير الخيرات) .

تلك هى الحقوق التى أثبها القانون للجنين وهى واردة فى القانون على سبيل الحصر ، ويرجع السبب فى إثبات هذه الحقوق للحمل المستكن الى أن الاعتراف لهذا الحمل بالشخصية القانونية قبل ولادته إنما يأتى خلافاً للأصل الذى يشترط الميلاد الحى لاثبات الشخصية ، وهذا الاستثناء إقتضته ضرورة « رفع ظلم عن الجنين فيما لو توفى مورثه أو الموصى له قبل أن تتم ولادة الجنين ، إذا كان يترتب على ذلك حرمان الجنين حتى بعد ولادته من نصيبه فى الإرث أو فى الوصية ووضعه فى مركز أسوأ من مركز أشقائه الذين كانوا موجودين وقت موت أبيه بالرغم من إشتراكه معهم فى ثبوت نسبه الى أبيهم جميعاً » .

فإذا كان القانون يثبت حقوقًا للحمل المستكن ، فما هو الأساس القانونى لذلك ؟ هل فى تقرير القانون لتلك الحقوق ما يستند الى قاعدة عامة تتعلق

بشخصية الحمل المستكن ، أم ان الأمر لا يعدو ان يكون إستثناء يرد على قاعدة تحديد بدء شخصية الانسان ، وبالتالى تعد هذه الحقوق مجرد استثناءات لا يجوز القياس عليها ؟

يذهب رأى أول الى أن اهلية الحمل المستكن لا تكون إلا بناء على نصوص يقررها القانون بصفة استثنائية ، حيث يملك المشرع وحده تقرير اكتساب الحمل المستكن حقاً ، وهو لم يثبت إلا الميراث والوصية بالإضافة الى النسب ، وبالتالى فإن النصوص تقرر استثناءات لا يجوز القياس عليها .

بينما يذهب رأى آخر الى أن هذه الحقوق التى يعترف بها القانون للحمل المستكن إنما تصدر عن قاعدة عامة ، وفى شأن هذه القاعدة تختلف الآراء .

فيذهب رأى الى أن الحمل المستكن تثبت له الحقوق التى لا يتوقف ثبوتها لصاحبها على قبول يصدر منه . وهكذا يثبت نسب الجنين من أبيه ، لأن النسب يثبت للشخص دون حاجة الى قبول يصدر منه . ويرث الحمل أقرباءه ، لأن الميراث يثبت نتيجة واقعة قانونية ، وهى وفاة المورث حال كون الوارث قريباً له ، دون حاجة الى قبول يصدر من هذا الوارث . ويستحق الحمل فى الوصية التى تجرى له ، لأن الوصية تقع صحيحة بإرادة الموصى ووفاته ، فلا حاجة لصحتها لقبول الموصى له ، وإن شرط هذا القبول للزومها وامتناع ردها . أما الحقوق التى يتوقف ثبوتها على صدور قبول ممن تمنح له ، فلا تكون للجنين . فالهبة لا تجوز للجنين ، ولو انها تعود عليه بالنفع المحض ، لأن الهبة عقد يتم بتوافق إرادة الواهب ، وهو الذى يعطى الشىء ، وإرادة الموهوب له ، وهو من يأخذه ، وليست للجنين إرادة حتى يقبل الهبة ، ولا يوجد من يمكنه قانوناً قبولها عنه . لأن الولاية على المال لا تثبت بمقتضى الشريعة الاسلامية إلا بعد الولادة . ولا يقدح فى صحة هذا الحكم ما جاء به قانون الولاية على المال من تعيين وصى على الحمل المستكن (المادة ٣٩) . لأن من يعيّن للجنين ، إن سماه القانون وصياً ، إلا انه ليس وصياً بالمعنى القانونى لهذه الكلمة ، أى بمعنى نائب قانونى يتولى عن القاصر التصرفات التى يحددها القانون . فهو لا يعدو أن يكون اميناً او حفيظاً على اموال الحمل المستكن ، حتى لا تضيع عليه أو تضيع غلتها .

وينتهى هذا الراى الى نتيجة معيّنة هى أن للجنين شخصية ناقصة ، لأنه غير صالح لأن تثبت له كل الحقوق . فهو صالح فقط لأن تثبت له نوع معيّن منها ، وهو ذاك الذى يشمل الحقوق التى تثبت لصاحبها دون حاجة لقبول يصدر منه .

ويظهر نقص شخصية الجنين كذلك فى ناحية أخرى ، إذ القاعدة أن الجنين غير صالح لأن يتحمل بالالتزامات . فى حين أن الشخصية التامة تعنى الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات على السواء . وهذه الشخصية الناقصة تعنى أن للحمل المستكن أهلية وجوب ناقصة ، مقصورة على تلك الحقوق التى لا تحتاج الى قبول ، ولا يدخل فى اهليته اكتساب غير ذلك من الحقوق ولا التحمل بالالتزامات .

ويذهب رأى أخر الى انه مادام قد أصبح للجنين وصى مقام عليه ، فليس ما يبرر بعد حرمان الجنين من ثبوت بعض الحقوق له بدعوى توقف هذا الثبوت على القبول . إذ للوصى حينئذ – بمقتضى ولايته – القبول عنه . ولا يعترض على ذلك بأن وصى الحمل المستكن هو مجرد أمين للمحافظة – لا للولاية – على ماله ، لأن الولاية إنما تبتدئ بالولادة فتلك مصادرة على المطلوب . فإبتداء الولاية بالولادة – كما هى القاعدة – مرده اعتبار الولادة فى الأصل هى بداية الشخصية، ولذلك إذا كان القانون من قبل الولادة يعترف للجنين استثناء بالشخصية ، فليس مما يمنع إذن من ورود الولاية عليه كما ترد على المولود ومن قبوله عنه ما يتمحض لصالحه من حقوق . بل ويقطع بورود الولاية على مال الجنين . واعتبار الوصى عليه بالتالى ولياً على ماله لا مجرد أمين ، تصريح نفس المشرع بذلك بنصه على أنه إذا « ... كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه ، يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبى » (م٢٠/١ من قانون الوصية) .

وكذلك إذا كان قصد المشرع من تعيين وصى على الحمل المستكن هو حمايته تربصاً بولادته وانفصاله ، وكان هذا القصد متحققاً بالمحافظة على الموقوف له مما لا يحتاج الى قبول من إرث أو وصية ، فهو متحقق كذلك من باب أولى باكتسابه حقوقًا جديدة متمحضة لصالحه ولو كانت متوقفة على القبول ، فيقبل الوصى هذه الحقوق كما يفعل حين يحتاج حفظ مال الجنين الى الدخول فى تصرفات قانونية تتطلب القبول . ومن ثم يمكن تحديد صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق بما هو نافع له نفعًا محضاً دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وبين ما لا يتطلبه ، إذ فى حال تطلب القبول يملكه الوصى نيابة عنه ، ولذلك تصح الهبة للجنين وتنعقد بقبول وصيه .

وينتهى أنصار هذا الرأى الأول الى أن القانون يعترف للجنين بالشخصية

خروجًا على قاعدة إبتداء الشخصية بالولادة ، ولكن هذه الشخصية لا تعطى الجنين إلا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة . غير أن هذه الشخصية غير باتة لتوقف إستقرارها نهائياً على تمام انفصاله وولادته حياً ، أى أن الحقوق التى تثبت للجنين صلاحية اكتسابها قبل ميلاده تكون معلقة على شرط تمام ولادته حياً .

ويذهب رأى أخير الى القول بأن مقتضى اعتراف القانون للحمل المستكن بالحق فى الإرث والوصية يستتبع بالضرورة صلاحيته لاكتساب كل الحقوق المالية دون تمييز بين حق وآخر ، إذ يصبح فى حالة الإرث صاحباً لكل ما فى تركة مورثه – فى حدود نصيبه – من حقوق شخصية وعينية . هذا عن الحقوق . أما عن مصادر هذه الحقوق فإن ما يقال عن أن الحمل يستحق الإرث فى تركة مورثه كما يستحق ما يوصى له به ، يستتبع القول انه يمكن أن يكتسب حقوقاً بمقتضى العقود المختلفة التى يبرمها من يتولى شؤونه ، وهو الذى يسميه القانون «الوصى» ، سواء قلنا أنه لا يعدو أن يكون اميناً او قلنا انه نائب ، كشراء الأسمدة وبيع المحصول وعقود العمل التى يبرمها مع العمال فى سبيل استغلال الأموال الموروثة وهكذا .

وإذا سلمنا بهذا فإن ما يقوم به الوصى من نشاط فى المحافظة على الأموال يمكن أن يترتب عليه التزامات كالالتزام بدفع ثمن البذور والالتزام بتسليم المحصول الى المشترى والالتزام بدفع أجر العامل . بل يمكن أن ينشأ فى ذمة الحمل التزام بالتعويض بسبب ما يصيب الغير من ضرر من الأشياء التى تشملها التركة . وتلك هى النتائج المنطقية لما يقال من ان الحمل يرث أو يستحق ما أوصى له به . « فهل صحيح أن يرث أو يستحق ما أوصى له به وهو لايزال حملاً ؟ الملاحظ أن مصير الحقوق التى تشملها التركة يتوقف على تمام ولادة الجنين حياً ، فإن ولد حياً استقرت له من وقت الحمل وإلا فتعتبر انها لم تثبت له أصلاً . وعلى ضوء هذا تكون الإجابة على السؤال السابق أنه فى فترة الحمل لا يكون صاحب ما تشمله التركة معروفاً ، ولا يكون معروفاً كذلك صاحب الحقوق الجديدة التى تنشأ نتيجة المحافظة على التركة واستغلالها ، كما لا يكون الملتزم بما ينشأ عن ذلك من التزامات معروفاً ، ولا يعرف صاحب هذه الحقوق والملتزم بهذه الالتزامات ، إلا عند الولادة ، فإن ولد حياً اتضح انه كان صاحب هذه الحقوق والملتزم بهذه الالتزامات ، وإن لم يولد حياً ، فأصحاب هذه الحقوق والملتزمين بهذه الالتزامات هم من يستحقون ما حجز للحمل على فرض عدم وجوده أصلا» .

وينتهى هذا الرأى الى القول بأن شخصية الانسان تبدأ دائماً من وقت الحمل لا من وقت تمام الولادة حياً ، غاية ما فى الأمر أن هذه الشخصية تمر بمرحلتين ، الأولى أثناء الحمل وفيها يكون وجود هذه الشخصية غير مؤكد أى لا تعرف إن كانت موجودة أم لا .والمرحلة الثانية تبدأ من وقت الميلاد ، ومن هذا الوقت يتأكد وجود الشخصية التى بدأت من الحمل . فنظراً الى أن الشخصية هى الصلاحية لأن يكون الكائن صاحب حق ، فكل انسان وجد فعلاً وتمت ولادته حيًا يعتبر شخصًا من وقت الحمل لأنه كان فى فترة الحمل صالحاً لأن يكون صاحب حق ، وليس هناك أى انسان بدأت شخصيته أى صلاحيته من وقت الميلاد ، فإما أن توجد الشخصية ابتداء من وقت الحمل وإما الا توجد أصلاً .

تلك هى الآراء التى قليت فى شأن مدى تمتع الحمل المستكن بالشخصية القانونية ، وفى شأن المفاضلة بين الآراء السابقة نميل الى ترجيح الرأى الأخير .

ولعل السبب فيما ذهب اليه الفقه من القول بأن الأصل هو أن تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً ، وان الاستثناء من هذا الأصل هو ثبوت الشخصية للجنين ، هو أن المشرع قد قرر فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩ مدنى أن شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حياً ، ثم أضاف فى الفقرة الثانية قوله ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعيّنها القانون » تلك هى الصياغة التى أوحت للفقه بهذا الرأى . وكما قال البعض بحق « نحن لا نتصور كيف يكون هذا استثناء ، ذلك أن الاستثناء يفترض بقاء القاعدة الأصلية بحيث يمكن أن تطبق على بعض الفروض ويطبق الاستثناء على البعض الآخر ، فمن من الأشخاص من تبدأ شخصيته من وقت الميلاد ومن تبدأ شخصيته من وقت الحمل ؟ إن الشخصية في تقديرنا - وهى بلا خلاف الصلاحية لأن تكون الكائن صاحب حق - إما أن تبدأ من وقت الميلاد وإما أن تبدأ من وقت الحمل ، لأن الانسان يمر دائمًا بفترة الحمل فإما أن يكون صالحاً فى هذه الفترة لأن يكون صاحب حق فتبدأ شخصيته من وقت الحمل ، وإما أن يكون غير صالح فتبدأ شخصيته من وقت الميلاد » .

ولذلك فيجب فهم المادة ٢٩ من التقنين المدنى بما يقتضيه المنطق دون التقيّد فى ذلك بالألفاظ المستخدمة فى النص ، فالشخصية تبدأ دائماً من وقت الحمل ، غاية الأمر أن وجود هذه الشخصية يعد وجوداً غير مستقراً ، حيث تستقر هذه الشخصية بتمام الولادة حياً . أما نص عبارة الشرع « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون» فهى لا تعنى أنها تضع استثناء على قاعدة ، وإنما تعنى

أن شخصية الانسان فى أثناء فترة الحمل هى شخصية غير مستقرة ، ولذلك يكون من الطبيعى أن يضع القانون بعض القواعد التى تفصل فى شأن الحقوق التى تثبت الحمل ، إذا لم تتأكد شخصيته بعدم الولادة حياً ، كما يضع القواعد الخاصة بكيفية ثبوت هذا للحمل نظراً لما يتميّز به من وضع خاص .

ونعرض فيما يلى للقواعد القانونية التى تخص الحقوق التى أثبتها القانون للحمل المستكن .

استحقاق الحمل المستكن للإرث :

لا خلاف بين فقهاء الشرع الاسلامى فى أن الجنين إذا نزل ميتًا بدون جناية لا يرث ولا يورث . واختلفوا فى الجنين الذى أسقط بجناية على أمه ، فذهب الحنفية الى أنه يرث ويورث على تقدير الحياة فيه وقت الجناية وتقدير موته بسببها .

وذهب الأئمة أحمد بن حنبل والشافعى ومالك فى قوله الأخير الى أنه لا يرث للشك فى حياته ولا يورث عنه سوى الغرة ، وهى مبلغ مقدر على فاعل الجناية الذى أسقط الجنين بسببها . وذهب ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد الى أن الغرة لا تورث عن الجنين بل تكون لأمه لأنها عوض عنه وهو كجزء منها .

ولقد جاء فى قانون المواريث - فى نص مادته الأولى بأنه « يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وثبت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً . ويكون الحمل مستحقاً للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه فى المادة ٤٣ » .

فقد خالف القانون مذهب الحنفية وأخذ بما فى المذاهب الأخرى من أن الجنين الذى أسقط بجناية لا يرث ولا يورث . لأن ذلك يقتضى أهليته للملك ، وهى غير متحققة فضلاً عن أن وراثته من الغير لا تتفق مع حكمة توريث الشخص من غيره. ولهذا قضى باشتراط تحقق موت المورث أو الحكم بموته وتحقق حياة المستحق للتركة وقت موت المورث أو وقت الحكم بموته .

واشتراط أن يكون المستحق للإرث حياً وقت المورث أو الحكم بموته ، لا يخرج به الحمل إذا ولد حياً بعد موت المورث ، لأنه فى هذه الحالة يعتبر من الأحياء عند موت مورثه .

ولهذا فقد قضت المادة (٤٢) من قانون الموارث - بأن « يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير انه ذكر أو انثى » . كما قضت المادة (٤٣)

بأنه « إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيًا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة .

ولا يرث الحمل غير أبيه إلا فى الحالتين الآتيتين :

الأولى : أن يولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .

الثانية : أن يولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة » .

كما قضت المادة (٤٤) بأنه« إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقى على من دخلت الزيادة فى نصيبه من الورثة . وإذا زاد الموقوف عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة » .

الوصية للحمل المستكن :

تجوز الوصية للحمل المستكن طبقًا لأحكام الشريعة الغراء ، وذلك لأن الوصية استخلاف من أوصى لأنه يجعله خليفة فى بعض ماله ، والجنين يصلح خليفة فى الإرث فكذلك فى الوصية . « غير أنها ترتد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ، ولا ولاية لأحد عليه ، حتى يملكه شيئاً ، ولا يقال أن الوصية شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح ؟ لأن الوصية تشبه الميراث ، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن ، ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يكن عملاً بالشبيهين » .

وفى قانون الوصية قضت المادة (٣٥) بأن « تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :

١- إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيًا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

٢- إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حيًا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيًا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت

نسبة من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به الى ان ينفصل الحمل حياً فتكون له » .

وتقضى المادة (٣٦) من قانون الوصية بأنه « إذا جاءت الحامل فى وقت واحد أو فى وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوى إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

وإن انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية.

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع » .

جواز الهبة للحمل المستكن :

اختلفت الآراء حول مدى جواز الهبة للحمل المستكن . فذهب رأى الى عدم جوازها حيث يجب أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقية وقت الهبة خلاف الوصية، فلا يكفى إذن أن يكون الموهوب له موجوداً حكماً كالحمل المستكن فى بطن أمه.

وبناء على ذلك تبطل الهبة للحمل المستكن لأن الهبة يلزم فيها حصول ايجاب وقبول ، والحمل المستكن لايستطيع القبول كما أنه ليس له ولى يقبل عنه .

ويذهب رأى آخر – جدير بالتأييد – الى جواز الهبة للحمل المستكن ويستند هذا الراى الى الحجج الآتية :

أولاً : ان القول بأن وصى الحمل المستكن هو مجرد أمين للمحافظة – لا للولاية على ماله ، لأن الولاية انما تبتدئ بالولادة ، هو مصادرة على المطلوب . فابتداء الولاية بالولادة – كما هى القاعدة – مرده اعتبار الولادة فى الأصل هى بداية الشخصية ، ولذلك إذا كان القانون من قبل الولادة يعترف للجنين بالشخصية – كما راينا منذ قليل – فليس هناك ما يمنع إذن من ورود الولاية عليه كما ترد على المولود ومن قبوله عندما يتمخض لصالحه من حقوق .

« بل ويقطع بورود الولاية على مال الجنين ، واعتبار الوصى عليه بالتالى ولياً على ماله لا مجرد أمين ، تصريح نفس المشرع بذلك ، بنصه على أنه إذا « كان للموصى له جنيناً او قاصراً او محجوراً عليه ، يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله ...» (م ١/٢٠ من قانون الوصية).

ثانياً : انه إذا قصد المشرع من تعيين وصى على الحمل المستكن هو حمايته

تربصاً بولادته وانفصاله ، وكان هذا القصد متحققاً بالمحافظة على الموقوف له مما لا يحتاج الى قبول من إرث أو وصية ، فهو متحقق من باب أولى باكسابه حقوقاً جديدة متمخضة لصالحه ولو كانت متوقفة على القبول ، فيقبل الوصى هذه الحقوق كما يفعل حين يحتاج حفظ مال الجنين الى الدخول فى تصرفات قانونية تتطلب القبول .

ثالثاً : أن قانون الولاية على المال أجاز للمتبرع إذا تبرع بمال للحمل المستكن واشترط عدم دخول هذا المال فى الولاية أن يختار وصياً للحمل (المواد ٣ و ٢٨ من القانون رقم ١٩٥٢/١١٩) ، ومما لا شك فيه أن لفظ المتبرع الوارد بالمادة (٢٨) من القانون المشار اليه لفظ عام ينطبق على كافة التبرعات ومنها الهبة . وترتيباً على ذلك يجوز لمن يريد التبرع بمال للحمل المستكن ان يختار له وصياً يقبل عنه وتكون له ولاية على المال الموهوب .

الولاية على الحمل المستكن :

إذا كان المجرى العادى للأمور ان الولاية تبدأ من الولادة ، فإن ذلك يقتضى الا يكون للأب او الجد ولاية على الحمل المستكن . أما وقد راينا ان القانون يعترف للجنين بالشخصية قبل الولادة ، فإن مؤدى ذلك ان يكون الأب أو الجد وليًا على الحمل المستكن ، خاصة إذا ما أوصى أجنبى بمال للجنين ولم يشترط عدم دخول هذا المال فى الولاية ، ففى هذه الحال وطبقاً لما نصت عليه المادة (٢٠) من قانون الوصية – فى فقرتها الأولى ، يقبل الأب او الجد الوصية له ويثبت لأيهما الولاية على المال الموصى به .

وفى الشريعة الاسلامية يصح فى المذهب الحنفى نصب ولى على الجنين ، كما أن الولاية على الجنين ثابتة فى النفس فتكون بالأولى ثابتة فى المال .

الوصاية على الحمل المستكن :

راينا ان المادة (٢٨) من قانون الولاية على المال – اجازت للأب أن يقيم وصياً مختاراً للحمل المستكن ، كما اجازت ذلك للمتبرع للحمل إذا ما اشترط عدم دحول المال المتبرع به فى الولاية .

ويشترط ان يثبت اختيار الوصى بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه . غير أنه يلاحظ أن إختيار الوصى من قبل الأب أو المتبرع فى هذه الحالة ، لا يغنى عن توافر الشروط المتعلقة

لصلاحية الولى لتولى شؤون الوصاية ، كما لا يحول دون أن تتثبت المحكمة من توافر هذه الشروط ، فإذا تحققت من توافرها ، فإنها تقرر تثبيت الوصى المختار ، وإلا تعيّن عليها أن تنظر فى تعيين وصى متوافر لشروط الصلاحية الخاصة بالأوصياء .

أما إذا لم يكن هناك وصيًا مختاراً ، فإنه طبقًا للمادة (٢٩) من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ تعين المحكمة له وصيًا ، ويبقى وصى الحمل المستكن وصيًا على المولود ما لم تعيّن المحكمة غيره .

(٢) انقضاء الشخصية

رأينا أن المشرع ينص فى المادة (٢٩) فى فقرتها الأولى- من التقنين المدنى المصرى - بأن شخصية الانسان تنتهى بموته . والموت قد يكون طبيعيًا ، وقد يكون حكمياً حيث يصدر حكم باعتبار المفقود ميتاً .

أولاً : انقضاء الشخصية بالوفاة الطبيعية :

تعد الوفاة هى النهاية الطبيعية للشخصية . أما الموت المدنى ، أى الحكم بالموت على الشخص وهو حى يرزق ، بما يستتبع ذلك من إنعدام شخصيته القانونية وما يترتب على ذلك من أيلولة أمواله الى ورثته وحرمانه من التعامل والعمل ومن ممارسته اى حق ، فلم يعد هذا النظام قائماً فى القوانين الحديثة .

وقد أوجب قانون الأحوال المدنية – فى مصر – ابلاغ مكاتب الصحة بالوفاة و« يكون التبليغ عن الوفيات على نسختين من النموذج المعد لذلك الى مكتب الصحة فى الجهة التى حدثت فيها الوفاة أو الى الجهة الصحية التى يحددها وزير الصحة بقرار منه فى الجهات التى ليست بها مكتب صحة أو العمدة فى غيرها من الجهات وذلك خلال ٢٤ ساعة من وقت حصول الوفاة أو ثبوتها » (مادة ٣٥ من قانون الأحوال المدنية) .

وتقضى المادة (٣٦) من قانون الأحوال المدنية بأن :

« الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الوفاة على الترتيب الآتى :

١- اصول او فروع أو ازواج المتوفى .

٢- من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين .

٣- من يقطن فى مسكن واحد مع المتوفى من الأشخاص البالغين .

٤- الطبيب المكلف باثبات الوفاة .

٥- صاحب المحل أو مديره أو الشخص القائم بإدارته إذا حدثت الوفاة فى مستشفى أو عيادة خاصة أو ملجأ أو فندق أو مدرسة أو مؤسسة عقابية أو ربان السفينة أو قائد الطائرة أو المشرف على وسيلة السفر أو أى محل آخر ،ولا يقبل التبليغ من غير المكلفين به » .

و « إذا كانت الوفاة نتيجة لتنفيذ حكم بالاعدام فلا يذكر ذلك بشهادة الوفاة وتنظم اللائحة التنفيذية اجراءات التبليغ عن الواقعة وقيدها » (مادة ٣٧ من القانون) .

و « يجب على مكاتب الصحة والجهات الصحية إصدار التصريح بالدفن فور تلقى التبليغ عن واقعة الوفاة مرفقاً به الكشف الطبى الصادر من مفتش الصحة أو الطبيب المكلف باثبات الوفاة والذى يفيد ثبوت واقعة الوفاة » (مادة ٣٨ من القانون) .

و « إذا كان المتوفى مجهول الشخصية وجب إخطار جهة الشرطة المتوفى بدائرتها وعلى هذه الجهة أن تحرر محضراً بالواقعة ونماذج التبليغ المعدة لذلك وارسال أصل المحضر ونسخة من التبليغ الى النيابة ، وصورتين من المحضر مع نسختين من التبليغ الى مكتب الصحة المختص الذى عليه إرسال صورة من المحضر ونسخة من التبليغ الى قسم السجل المدنى المقابل ضمن الاخطارات الأسبوعية عن وقائع الوفاة مع الاحتفاظ بإحدى نسخ التبليغ ، ويتم القيد وفقاً للاجراءات المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية » (مادة ٣٩ من القانون) .

كما يجب « على موظف الجهة الصحية المختص بتلقى تبليغات الوفاة أن يتحقق من شخصية المتوفى واستيفاء بيانات التبليغ والمستندات المؤكدة لصحة الواقعة وبياناتها ، فإذا تعذر عليه التحقق من شخصيته يقبل التبليغ على مسئولية المبلغ بعد التحقق من شخصيته » (مادة ٤٠ من القانون) .

أما « إذا حدثت واقعة وفاة لأحد المواطنين أثناء رحلة العودة من السفر بالخارج فيكون التبليغ عن الواقعة الى مكتب الصحة أو الجهة الصحية فى ميناء الوصول خلال ٢٤ ساعة من الوصول » (مادة ٤١ من القانون) .

وأخيراً تقضى المادة ٤٢ من القانون بأن :

« العسكريـون والمدنيون التابعـون لوزارة الدفاع والمتطوعين الذيـن يتوفون أو يستـشهدون داخل أراضـى جمهـورية مصر العـربية أو خارجـها تقـوم وزارة الدفاع باخطار مصلحة الأحوال المدنية عنهم لاخطار قسم السجل المدنى المختص ، وتنظم اللائحة التنفيذية الاجراءات التى تتبع فى هذه الحالة» .

ونشـير الـى أنه قـد لا يتم التبليغ عن واقـعة الميلاد أو الوفـاة ، فـما هـو حـكم القانون فى هذا الصدد ؟

تقضى المادة (٤٣) من قانون الأحوال المدنية بأنه : « فى حالة عدم التبليغ عن واقعة الميلاد أو الوفاة خلال المدة المحددة بالقانون تعتبر الواقعة ساقط قيد ميلاد أو وفاة » .

كمـا تقضى المادة (٤٤) بأن : « يـختص مديـرو ادارات الأحوال المدنية بـفحص طلبات قيد ساقطى قيد الميلاد والوفـاة واصدار قرار القيد إذا قدم الـطلب خلال عام من تاريخ الـواقعـة ، وتحـدد اللائـحة التنـفيذيـة النـموذج الـذى يقـدم علـى الطـلب والمستندات الواجب ارفاقها به والاجراءات التى تتبع ويحدد وزير الداخلية بقرار منه رسوم البحث وفقاً لمواعيد تقديم الطلب بما لا يجاوز عشرة جنيهات » .

وفى « حالة فقـد أو تلف سجلات الوقائع يختص مـديرو ادارات الأحوال المدنية باصـدار قـرار اعـادة القـيد بـدون رسـوم بحث وتـنظم الـلائحـة التـنفـيذية ضـوابط واجراءات ذلك » .

ويلاحظ أنه لا يجوز الدفـن إلا بعد التبليغ واجـراء القيـد . والوفاة بـاعتبـارها واقعة مادية يمكن أن تثبت بكافة طرق الاثبات .

قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون :

يذهـب الكثير من الفقـهاء الى القول بأن الانسان بعد موته يعتبر حياً حكماً ، اى بحـكم الـقانـون لا حـقيـقـة ، حـتى تـسـدد ديونه وتـوزع تركـتـه . فـالقـاعـدة فى الشريعة الاسـلامية أن لا تركه إلا بعد سـداد الديون وقد أخذ القانون المـدنى – كما يقولـون – بهذه القاعدة على نطاق واسع . ومؤدى تلك القاعدة على أن الأموال التى يتركها المتوفى لاتنتقل الى ورثتـه فور موته ، بل تستـمر تركته قائمة حتى تسدد ديونـه وتنـفذ وصـايـاه ، ثم يؤول الـبـاقى منـهـا بعـد ذلك الـى الورثة . ولما كان من الضـرورى نسـبـة أموال المـتوفـى الى شـخـص ما فـى الفـترة مـا بين وفـاته وتـوزيع تركته ، لجـأ الكثيرين من أنـصار هذا الرأى الى حيلة مـؤداها اعتبار المتـوفى خلال

هذه الفترة حياً حكماً ، واستمرار نسبة الحقوق والالتزامات اليه .

مفاد هذا الرأى أن الميت تظل له شخصيته مادامت له تركة ولم تسدد ديونه أو تنفذ وصاياه ، وتظل هذه الديون والوصايا متعلقة بشخصيته هذه وتركته ، حتى إذا سددت الديون ونفذت الوصايا انتهت شخصيته . هذا فضلاً عن ثبوت بعض الحقوق للميت كحقه فى تجهيزه ودفنه . بل أن بعضاً من هؤلاء الفقهاء قد ذهب الى انه يجوز للميت ان يكسب حقوقاً جديدة ويتحمل بواجبات جديدة بعد الوفاة إذا كان قد نشأت اسبابها قبل ان يتوفى ، كمن حفر حفرة ليصطاد ولكن لم يقع فيها الحيوان إلا بعد الوفاة فإنه يكون تركة له ، ويكون حكمه حكم من كان له امواله ، وكذلك إذا حفر حفرة فى طريق عام فوقع فيها انسان أو دابة ، فإنه تثبت الدية ويكون الضمان فى تركته .

ويذهب رأى أخر الى ان مؤدى قاعدة الا تركة إلا بعد سداد الديون هو الا توزع أموال المتوفى على ورثته إلا بعد سداد ديونه ، وإذا كان الأمر هكذا ، فإن القانون يفترض وجود شخص بالضرورة تنسب له هذه الأموال ، الى حين توزيعها على الورثة ولإيجاد هذا الشخص يمكن أن يقال أن شخصية الانسان تنتهى بموته ، ولكن بعد موته يوجد شخص معنوى أخر هو التركة وحيث يتملك هذا الشخص المعنوى أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تسدد .

ويذهب رأى ثالث الى أنه بوفاة الشخص تنقضى شخصيته فتؤول ذمته بحقوقها وديونها - الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بذمته الأصلية ، بحيث تتخصص هذه الذمة الموروثة - رغم اسنادها الى الوارث - بغرض معيّن هو تصفيتها بسداد ديونها من حقوقها . وهذا التخصيص يحقق حماية الوارث وحماية دائنى المورث على السواء . فهو يحمى الوارث من ناحية جعل حقوق الذمة الموروثة وحدها هى الضامنة لديونها ، مما يحد من مسؤوليته عن هذه الديون بقدر تلك الحقوق . وهو يحمى دائنى المتوفى كذلك بما يفرض على الوارث - رغم تملكه أعيان التركة وقت الوفاة - من واجب عدم الإضرار بهؤلاء الدائنين عن طريق التصرف فى هذه الأعيان قبل سداد الديون ، وإلا اعتبر تصرفه غير نافذ فى حقهم لما يحمل من معنى الاخلال بهذا التخصيص .

نلاحظ على هذه الآراء ما يلى :

أولاً : ان الرأى الأول فيه مخالفة ظاهرة لصريح نص المشرع على أن شخصية

الانسان تنتهي بموته فلا بقاء لها من بعده . كما يخالف هذا الرأى ما يقرره المشرع من أن « يستحق الارث بموت المورث » معنى ذلك أن أموال المتوفى لا يتراخى توزيعها الى ما بعد سداد ديونه . بل كل ما تعنيه قاعدة الا تركة إلا بعد سداد الديون هو أن أموال المتوفى تنتقل فور موته الى ورثته كما تنتقل اليهم كذلك ديونه على الا يسأل الوارث عن هذه الديون إلا فى حدود ما أخذه من أموال التركة . وإذا كان الأمر كذلك ، فلا حاجة لافتراض امتداد حياة الشخص بعد موته .

أما عن احتجاج الرأى الأول بالآية الكريمة « من بعد وصية يوصى بها أو دين» وكذلك احتجاجهم بنص المادة ٨٩٩ مدنى التى تقضى بأنه « بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها الى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعى » لهو احتجاج غير مقبول « فليس القصد مما تقرره الآية والنص التشريعى أنه لا ملكية للوارث إلا بعد هذا السداد ، وبالتالى تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته وذمته مسندة اليه حتى هذا السداد ، وإنما القصد منها الا ملكية خالصة للوارث إلا بعد سداد الديون ، مما يعنى أنه وإن كان يتملك أعيان التركة فور الوفاة لاستحالة إعتبارها على ملك المتوفى لانقضاء شخصيته بموته ، إلا أن هذه الأعيان تظل مشغولة بما لدائنى المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصاً نهائياً كاملاً إلا بعد تخليصها مما كان يثقلها من ديون » .

ثانياً : أنه ليس بصحيح ما يذهب اليه الرأى الثانى من إعتبار التركة شخصاً معنوياً يتملك أموال المتوفى ويلتزم بسداد ديونه . فالمشرع هو الذى يستقل وحده بمنح الشخصية المعنوية أو الاعتبارية وقد عدد المشرع طوائف الأشخاص المعنوية فى المادة ٥٢ مدنى وليس من بينها ما يمكن إدراج التركة تحته . « فضلاً عن أن اعتبار الإرث مستحقاً بموت المورث يفرض إسناد حقوق المورث الى الوارث فور الوفاة مع الزامه بسداد ديون المورث فى حدود هذه الحقوق ، وذلك دون حاجة الى تنحيته وخلق شخص معنوى أو اعتبارى يشغل محله الطبيعى ....» .

ثالثاً : أما ما يقول به الرأى الثالث من وجود ذمة مالية مخصصة ، فهو قول يتعارض مع أحكام القانون المدنى حيث يستفاد من هذه الأحكام أن أموال المورث وديونه جميعاً تنتقل الى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكاً لتلك الأموال ومديناً بالديون . غير أن مسؤوليته عن هذه الديون ليست مسؤولية شخصية تمتد الى كافة أمواله الموروث منها وغير الموروث . إنما هى مسؤولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه من مورثه من أموال .

الخلاصة : ان شخصية الانسان لا تمتد بعد وفاته . فبمجرد الوفاة تنتهى شخصيته وتنتقل أمواله الى الورثة الذين يلتزمون بالديون التى كانت على مورثهم ولكن فى حدود ما آل اليهم من أموال ، وليس هناك ما يدعو الى إفتراض شخصية المتوفى او القول باعتبار التركة شخصاً معنوياً او ذمة مالية مخصصة .

ثانيًا : إنقضاء الشخصية بالموت الحكمى :

إذا كانت القاعدة هى أن الشخصية القانونية تنقضى بالوفاة الطبيعية ، إلا أنه توجد حالات لا يتيقن فيها من وفاة الشخص وتكون نسبة احتمال وفاته أكبر من حياته ، فيحكم عندئذ باعتباره ميتاً وهذا هو المفقود .

والمفقود فى أحكام الشريعة الاسلامية هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعرف حياته ولا موته ، فهو بعبارة أخرى من يختفى بحيث لا يعرف أحى هو أم ميت .

وقد عرفت المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال المفقود بأنه من كان لا تعرف حياته أو مماته .

والمفقود يختلف عن الغائب ، فالأخير هو كل من لا يوجد له محل اقامة ولا موطن معلوم، فالغائب حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطع أن يدير شؤونه بنفسه .

معنى ذلك أن الغائب قد يكون مفقوداً ويحدث ذلك إذا كنا لا نعلم ما إذا كان حيًا أو ميتاً . وقد يكون الغائب غير مفقود ويحدث ذلك إذا كانت حياته مؤكدة ولكنه مجهول الاقامة والموطن أو كان له موطن معلوم ولكن خارج الوطن ، وتعذر عليه لسبب من الأسباب أن يتولى شؤونه بنفسه ، وأن يشرف على من ينيبه لإدارتها .

معنى ما تقدم أن إصطلاح الغائب أعم من اصطلاح المفقود ، فالغائب يشمل الغائب المفقود والغائب غير المفقود أى المتيقن حياته .

مثل هذا الشخص - المفقود - قد يغلب إحتمال موته على إحتمال حياته ومع ذلك قد يصعب اقامة الدليل على وفاته ، فلا يكون من المصلحة ترك أمره هكذا معلقاً وشخصيته ممتدة دون تحديد ، وإنما يجب حسم الأمر حول هذا المركز

الغامض وذلك بالترخيص للقاضى بأن يحكم باعتبار المفقود ميتًا ، فتنتهى شخصيته القانونية بموجب هذه الوفاة الحكمية أو التقديرية ، لا بالموت الحقيقى وذلك على خلاف الأصل فى انتهاء الشخصية .

ولذلك قضى المشرع فى المادة (٣٢) من التقنين المدنى بأن « يسرى فى شأن المفقود ... الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية » .

وبالرجوع الى هذه القوانين الخاصة ، نجد أن المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية والمعدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ ، تقضى بأنه :

« يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده . ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضى سنة من تاريخ فقده ، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان فى طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع ، بحسب الأحوال ، وبعد التحرى وإستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك ، قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى حكم الفقرة السابقة . ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود .

وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضى على الا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً » .

وتقضى المادة (٣٨) من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ (والمعدلة بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢) بأن :

« يعتبر المفقود بسبب العمليات الحربية أو فى احدى الحالات المنصوص عليها بالمادة (٣١) فى حكم المستشهد ، كما يعتبر المفقود بسبب الخدمة فى حكم المتوفى بسببها وذلك بعد انقضاء سنة من تاريخ فقده دون أن تثبت وفاته رسمياً أو وجوده على قيد الحياة . وفى هذه الحالات يصدر قرار من وزير الحربية باعتبار المفقودين مستشهدين أو متوفين حسب الأحوال » .

ويتبيّن من جملة التشريعات السابقة أن المفقود الذى يصدر حكمًا باعتباره ميتاً قد يفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك ، وقد يفقد فى ظروف لا يغلب فيها هذا الهلاك .

(١) حالة غلبة الهلاك :

قد يفقد الشخص فى ظروف يغلب فيها الهلاك ، كمن يفقد فى حالة الحرب أو فى كارثة زلزال أو فيضان أو إعصار ، أو حريق أو غرق سفينة أو وقوع طائرة أو كمن يفقد فى بلد انتشر فيها وباء ، أو كمن يخرج من بيته لقضاء حاجة قريبة فلا يعود .. الخ .

فى هذه الحالات وأمثالها ، تكون القاعدة العامة ، هى أن تحكم محكمة الأحوال الشخصية بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده وذلك بعد البحث عنه بكافة الطرق الممكنة ، بحيث يترجح للمحكمة هلاكه ، أى تدل ظواهر الحال ونتائج التحرى على أن هذا الشخص يندر أن يكون حياً والغالب أنه قد مات .

واستثناءً من هذه القاعدة العامة ، فإن المفقود يعتبر ميتاً بعد مضى سنة واحدة من تاريخ فقده وذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا ثبت أن المفقود كان على ظهر سفينة غرقت أو كان على متن طائرة سقطت . وفى هذه الحالة يصدر رئيس مجلس الوزراء بعد انقضاء سنة على تاريخ الفقد قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى هذه الحالات وذلك بعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها هلاك هؤلاء المفقودين .

٢- إذا ثبت أن المفقود كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية (وما فى حكمها كمن يفقد أثناء أسره أو بسبب مشروعات التدريب أو الانفجارات أو بسبب الاسقاط الجوى ، أو حوادث الاشتباك (م ٣١ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥) ، وفى هذه الحالة يصدر وزير الدفاع بعد انقضاء سنة على تاريخ الفقد ، قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى هذه الحالة وذلك بعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب فيها هلاكهم .

وفى الحالتين السابقتين يقوم قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع مقام الحكم بموت المفقود .

(٢) حالة عدم غلبة الهلاك :

وقد يفقد الشخص فى حالة لا يغلب فيها الهلاك ، وذلك كمن سافر فى طلب العلم أو التجارة أو السياحة أو هاجر طلباً للرزق ثم انقطعت أخباره ، فمن شأن من يسافر لهذه الأغراض أن يغيب ، غير أنه تنقطع أخباره ولا يعلم حياته من مماته .

وفى مثل هذه الحالات تحكم المحكمة بموت هذا المفقود بعد انقضاء مدة يترك تحديدها اليها .

ولا يشترط فى رأى بعض الفقهاء الا تقل هذه المدة عن أربع سنوات باعتبار أنه ليس فى نص المادة ولا فى المصدر الذى أخذت منه وهو المذهب الحنفى والحنبلى ما يشير الى ذلك .

بينما يذهب الرأى الراجح الى أن تفويض تحديد المدة الى المحكمة لا يعنى أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات لأنه إذا كانت هذه هى المدة فى الحالة التى يغلب فيها الهلاك ، فمن باب أولى الا تقل هذه المدة فى الحالة التى يغلب فيها الهلاك ، أى أن الحد الأدنى وهو أربع سنوات يجب أن يسرى فى الحالتين .

الآثار المترتبة على الحكم باعتبار المفقود ميتاً :

نلاحظ أنه فى الفترة ما بين الفقد والحكم بالموت لا تكون حياة المفقود محققة ولا موته محققاً . اما من وقت الحكم بالموت (أو صدر قرار من رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع) فيعتبر ميتاً .

ويترتب على ما تقدم النتائج الآتية :

أولاً : فى الفترة ما بين الفقد والحكم بالموت لا يجوز لزوجة المفقود أن تتزوج من غيره إلا ان يقضى القاضى - بناء على طلبها - بالتطليق أو التفريق لتضررها من غيبته ، ما لم تمنع ذلك قواعد الأحوال الشخصية التى تحكم الزواج (كقواعد الأحوال الشخصية لغير المسلمين) . كما لا يجوز توزيع تركته لأنه لم يصبح ميتاً بعد حقيقة أو حكماً . وايضاً إذا مات مورثه أو من أوصى له بوصية فإنه نظراً لعدم معرفة إن كان حياً أو ميتاً . فيحجز نصيبه فى الإرث أو ما أوصى له به الى أن تظهر حياته أو موته أو يحكم باعتباره ميتاً .

وإذا كان للمفقود وكيلاً قبل فقده ، يظل وكيلاً عنه ، ويقوم بكل تصرفاته ، وإذا لم يكن له وكيل ، تقيم المحكمة المختصة وكيلاً عنه .

ثانياً : أما إذا صدر الحكم باعتبار المفقود ميتاً ، فإنه يترتب على ذلك انقضاء شخصيته القانونية من وقت صدور الحكم ويترتب على ذلك ما يلى :

(١) تعد زوجته ارملة من وقت الوفاة الحكمية (أى من وقت صدور الحكم أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية) ويجوز لها ان تتزوج بغيره بعد أن تعتد عدة الوفاة وهى أربعة اشهر وعشرة أيام تبدأ من يوم صدور الحكم أو من تاريخ القرار.

(٢) يعد المفقود ميتاً من وقت صدور الحكم أو نشر القرار فيورث من هذا التاريخ وتكون تركته لورثته الموجردين حين الحكم أو نشر القرار، أما من مات منهم قبل ذلك ولو فى أثناء نظر الدعوى بفقده ، وطلب الحكم بوفاته ، فلا يرث منه . ذلك أنه يشترط لاستحقاق الإرث أن تتحقق حياة الوارث وقت موت المورث والفرض هنا أن الوارث قد مات قبل الحكم بموت المفقود .

وعلى الأحكام السابقة نصت المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ بأنه « عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء او قرار وزير الدفاع باعتباره ميتًا على الوجه المبيّن فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى » .

(٣) أما بالنسبة لأموال الغير ، فيعتبر المفقود ميتاً من تاريخ الفقد لا من وقت الحكم . ذلك أنه إذا مات شخص وكان من بين ورثته مفقود – اى غائب غيبة منقطعة ، فإن هذا المفقود لا يرث فيه ، لعدم تحقيق حياته ، وقت موت هذا المورث ، غير أنه إذا كان حال هذا المفقود غير مستبين ولا واضح ، فمن الجائز أن يكون قد مات . ومن الجائز أن يكون لا يزال على قيد الحياة ، لذلك قرر الفقهاء أيضاً أن نصيبه فى التركة يجب أن يوقف له الى أن تظهر حالته ، فإن ظهر حياً استحق ما وقف له من التركة ، واخذه لأنه تبيّن انه كان موجوداً وقت وفاة مورثه ، وإن ظهر ميتاً أو حكم القاضى أو صدر القرار بموته بناء على القرائن القاطعة بالتطبيق للمادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فما وقف لأجله ينقل الى ورثة مورثه الذين كانوا موجودين وقت وفاته ، لأن حياة المفقود لم تكن متحققة وقت موت مورثه ، فلا يستحق إرث شىء من تركته . وتكون التركة كلها حقًا للورثة الموجودين وقت المورث ولا شيء للمفقود فيها ، وذلك ما يقضى به نص المادة الثانية من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ حين نصت على أنه يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً .

ظهور المفقود حياً بعد صدور الحكم أو القرار بموته :

لا يصدر الحكم بالوفاة بعد التيقن من وفاة المفقود فعلاً وإنما يحكم بذلك تغليباً لوفاته على حياته . ولذلك ما الحكم إذا ظهر المفقود حياً بعد صدور الحكم أو القرار بموته ؟

نفرّق فى هذا الصدد بين مصير زوجته ومصير أمواله .

١ - *بالنسبة لمصير زوجته :*

تقتضى المادة (٨) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأنه« إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبيّن أنه حى ، فزوجته له ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول » .

يتبيّن من هذا النص الأمور الآتية :

(أ) إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج بغيره بعد الحكم بموته فهى له من غير حاجة الى عقد جديد .

(ب) إذا كانت قد تزوجت بغير المفقود وبعد الحكم بموته وبعد انقضاء عدتها، فإنه إذا كان الثانى قد دخل بها فهى له بشرط الا يكون عالماً بحياة المفقود ، أما إذا كان عالماً بحياة المفقود ودخل بها فهى لزوجها الأول دون الثانى .

(جـ) إذا كان عقد الزواج الثانى فى عدة وفاة الأول فهى لهذا الأخير .

(د) إذا لم يكن الزوج الجديد قد دخل بها فإنها تعود الى زوجها الأول مع اعتبار الزواج الثانى مفسوخاً .

ويرى بعض الشراح « أن المشرع قد اغفل اعتباراً هاماً كانت تجب ملاحظته فى المفاضلة بين الزوجين ، فقد كان يحسن ان تكون المفاضلة أولاً على أساس ما إذا كان قد ولد من أحد الزوجين ولد . فإن تساوياً فى ذلك ، كان هناك محل للنظر فى الاعتبارات الأخرى » .

٢ - *بالنسبة لمصير أمواله :*

اما بالنسبة للأموال التى آلت بعد الحكم بالموت الى ورثة المفقود ، والأموال التى كانت قد حجزت له من تركة مورثه أو الموصى فى الفترة بين الفقد والحكم أو القرار ثم ردت الى ورثة المورث أو الموصى ، فإن هذه الأموال تعود اليه ويستردها

من ورثته إذا كانت لا تزال فى أيديهم ، أما إذا قام الورثة بالتصرف فى هذه الأموال فنفرّق بين حالتين :

(أ) حالة التصرف بحسن نية فى هذه الأموال الى الغير ، أى التصرف فيها مع الاعتقاد بموت المفقود ، فإنه إن ظهر حياً فلا يسترد شيئاً من هذه الأموال .

(ب) حالة التصرف بسوء نية ، أى يتصرف الوارث وهو يعلم بحياة المفقود رغم صدور الحكم بموته ، فإن المفقود بعد ظهوره يستطيع إسترداد أمواله فى هذه الحالة .

ويرى بعض الشراح أنه إذا كان المفقود لا يستطيع استرداد أمواله من ورثته إذا تصرفوا فيها بحسن نية ، « فإن العدل يقضى فى هذه الحالة بأن يكون للمفقود أن يسترد ما استبدل بماله ، على أساس أن المال الجديد قد حل حلولاً عينياً محل ماله الأصلى . ولكن على المفقود أن يثبت واقعة الاستبدال . بأن يثبت مثلاً أن المال الجديد قد اكتسب بالنقود ذاتها التى دفعت فى ماله الذى تم التصرف فيه ، أو أن المال الجديد قد اكتسب بالمقايضة على ماله » .

والواقع – وكما يرى شراح آخرون – أنه برغم عدالة هذا الحكم المقترح ، إلا أنه لا يمكن الأخذ به فى ظل الوضع الحالى لتشريع المدنى ، وذلك لتخلف النص اللازم لتقرير الحلول العينى فى مثل هذه الحالة .

المطلب الثانى

الاسم Le Nom

الاسم من مميزات الشخصية :

رأينا أن كل انسان يتمتع – فى نظر القانون – بالشخصية القانونية . غير أن المجتمع يتكون من العديد من الأشخاص ، لذلك يجب أن يتميّز كل شخص بوسيلة أو بعلامة معيّنة تميز بينه وبين غيره من الأشخاص . ومن هذه الوسائل والعلامات ، الاسم .

وللاسم معنيان ، معنى ضيق وهو الاسم الشخصى دون اللقب أو اسم الأسرة ويطلق عليه بالفرنسية Prénom ومعنى واسع ويطلق على الاسم الشخصى واللقب معاً Nom Patronymique ou nom de famille.

ويلاحظ أن المشرع لدينا - قد يستخدم اصطلاح الاسم أحيانًا بمعناه الضيق من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة (٣٨) من القانون المدنى بأنه « يكون لكل شخص اسم ولقب » وقد يستخدم أحياناً أخرى اصطلاح الاسم بمعناه الواسع ، كما ورد فى المادة (٥١) مدنى حين قضت بأن « لكل من نازعه الغير فى إستعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

وفى دراستنا للاسم إنما ندرس الاسم بمعناه الواسع الذى يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصى معاً .

فلكل شخص إذن اسم شخصى ولقب . ويقصد باللقب اسم الأسرة التى ينتمى اليها الشخص ، حيث يشترك كل أفراد الأسرة فى حمل هذا الاسم . أما الاسم الشخصى فهو ذلك الاسم الذى يضاف الى اللقب لتمييز الشخص عن غيره من أفراد الأسرة . وبناء على ذلك يكون الاسم بمعناه الواسع الشامل علامة مميِّزة للشخص فى المجتمع بصفة عامة .

تكوين الاسم :

رأينا أن المادة ٣٨ من التقنين المدنى تقضى بأن « يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده » . ويقصد باللقب اسم الأسرة ، ويبدو أن المشرع قد أراد أن يفرض على كل شخص أن يتخذ لقباً بجانب اسمه الشخصى ، فقد ورد فى المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى تعليقًا على النص السابق : « جدد المشرع فى اسم الشخص الطبيعى بأن فرض على كل شخص أن يتخذ الى جانب اسمه لقبًا يميِّزه ، فإن الإسم وحده لا يكفى للتمييز . والتشابه فيما بين الأسماء يكون سبباً للبس . وقد اتخذ كثير من الناس الى جانب أسمائهم ألقاباً يعرفون بها ولكنهم فعلوا ذلك عن طواعية . أما المشرع فيجعل إتخاذ اللقب أمراً واجباً إذ يفرض على كل شخص أن يتخذ لقباً الى جانب اسمه ...» .

ولكن يلاحظ أن عادة اتخاذ الألقاب مستحدثة فى مصر ولم تأخذ حظها من الانتشار على خلاف الحال فى البلدان الأوروبية ، ولذلك أشار القانون المدنى بوضع تشريع خاص ينظم هذا الموضوع ، فقضت المادة ٣٩ بأن « ينظم بتشريع خاص كيفية إكتساب الألقاب وتغييرها» ولم يصدر حتى كتابة هذه السطور هذا التشريع المرتقب .

ولذلك يجرى العمل فى مصر على أن يتكون اسم الشخص من اسمه الشخصى مضافاً اليه اسم أبيه وجده واسم الأسرة (اللقب) إن وجد وإلا فيكتفى بالاسم الثلاثى المشار اليه . فالسائد عملاً أنه عند التبليغ عن واقعة الميلاد بمكتب الصحة ، فإن اسم المولود يتكون من ثلاثة أجزاء خصص لكل جزء منها مكان خاص فى نموذج التبليغ ، الجزء الأول خاص بالاسم الشخصى للمولود ، والثانى خاص باسم أبيه ، أما الجزء الثالث فيذكر فيه اسم الجد أو لقب الأسرة إن كان لها لقب .

ويلاحظ أن لقب الشخص وفقاً لنص المادة ٣٨ يلحق أولاده لأنه مكتسب بالنسب ، ولكنه لا يلحق زوجته ، فتظل الزوجة محتفظة بعد الزواج باسمها الأصلى على خلاف ما هو سائد فى الدول الأوروبية حيث تكسب الزوجة لقب زوجها .

والملاحظ أن الاسم الشخصى ، هو الاسم الذى يمنح للطفل عند ولادته . وولى الطفل هو الذى يخلع عليه اسمه . ولا يوجد فى مصر ضابطاً للأسماء . فلهذا ، للولى الحق فى تسمية المولود بأى اسم بشرط الا يكون فى ذلك الاسم ما يخالف النظام العام والآداب .

وتقضى المادة (٢١) من قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ بانه : «لا يجوز اشتراك أخوين أو أختين من الأب فى اسم واحد ، كما لا يجوز أن يكون الاسم مركباً أو مخالفاً للنظام العام أو لأحكام الشرائع السماوية» .

كما تنص المادة الخامسة من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بأن « لكل طفل الحق فى أن يكون له اسم يميّزه ، ويسجل هذا الاسم عند الميلاد فى سجلات المواليد وفقاً لأحكام هذا القانون . ولا يجوز أن يكون الاسم منطويًا على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل أو منافياً للعقائد الدينية .

ويلاحظ أخيراً أنه إذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم ، فإن القانون - مع ذلك - يجيز للشخص تغيير اسمه والتمتع باسم جديد بشروط واجراءات محددة فى القانون . كما أن اللقيط ، تتولى الجهة الإدارية المختصة تسميته ومثل هذه التسمية لا تأتى - كما هو واضح - عن طريق النسب .

الطبيعة القانونية للاسم :

اختلفت آراء الشراح حول تحديد الطبيعة القانونية للاسم .

فهناك من نظر الى الاسم باعتباره واجبًا ، حيث إعتبره نظاماً إدارياً تضعه الدولة وتفرضه على الأشخاص بقصد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات فى المجتمع .

ولكن إذا كانت المصلحة العامة تقتضى فرض التسمى باسم معيّن منعًا للاختلاط ، إلا أنه يجب الا ننسى أن للشخص ذاته مصلحة فى حمل اسم معيّن يميّز ذاته وشخصيته ويمنع اختلاطه . وهذه المصلحة هى التى اقتضت الاعتراف للشخص بالحق فى الزود عن اسمه وحمايته ومنع الاعتداء عليه ، وحقه فى التعويض إذا ما أصيب بضرر من جراء الاعتداء على اسمه . تلك المصلحة تقتضى ضرورة الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه .

وهناك من من نظر الى الاسم باعتباره حق ملكية ، وهذا هو مذهب بعض المحاكم الفرنسية .

غير أن هذا الرأى وإن كان له الفضل فى ابراز صلة الشخص باسمه إلا أنه قد لا قى نقداً شديداً فى الفقه . فلقد قالوا بأن حق الملكية لا يرد إلا على الأشياء المادية، فى حين أن الاسم هو شىء معنوى . كما أن حق الملكية يعد من الحقوق المالية التى يمكن تقويمها بالنقود وبالتالى يدخل فى عناصر الذمة المالية ، فى حين أنه لا يمكن القول بأن حق الشخص على اسمه من الممكن أن يساوى مبلغًا من المال . كما أن حق الملكية يتميّز بأنه يقبل التنازل عنه والتصرف فيه ، فى حين أنه لا يجوز للشخص أن يتنازل لغيره عن اسمه ، كما ليس له أن يتصرف فيه لآخر . كما لا يوجد تشابه كذلك « بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه بالميراث ، فاللقب يلحق الابن بالميلاد وقبل موت الأب بحيث يثبت لهما معاً نفس الحق عليه فى آن واحد . وكذلك فإن الاسم مشترك بين أعضاء الأسرة الواحدة ، بل قد يكون واحداً متشابهاً فى أسر عديدة ، مما يمتنع معه القول بوجود ملكية فردية او حتى ملكية على الشيوع ، إذ الشيوع إنما يفترض حصة شائعة فى الشىء لكل مشتاع كالنصف أو الربع ، بينما يكون الاسم بتمامه وبكل فوائده ثابتاً لكل المشتركين فى حمله على السواء » .

والواقع أن جمهور الفقه يتجه اليوم الى أن التكييف الصحيح للاسم أنه ذو

طبيعة مزدوجة ،حيث أن صلة الانسان باسمه تنطوى على واجب وحق فى الوقت نفسه . فهو من ناحية ، نظام إدارى إقتضته مصلحة الدولة فى تمييز افرادها حتى لا يقع الخلط بينهم وهو من ناحية أخرى ، حق لصيق بشخص الانسان الغرض منه تمييز صاحبه عن غيره من الناس فى مظاهر نشاطه المختلفة .

فهــو :

أولاً واجب : فطالما ان للجماعة مصلحة فى أن يتخذ كل فرد من أفرادها اسماً يتميّز به عن غيره ، حتى يمتنع الاختلاط وتستقر المعاملات ، فإن التسمى باسم معيّن يضحى واجباً مفروضاً . غير انه من غير المتصور فرض واجب اتخاذ اسم على الطفل عند ميلاده ، ولذلك فرض القانون هذا الواجب على من يكلف بالتبليغ عن المولود ، حيث يلتزم أن يذكر من ضمن بيانات التبليغ ، اسم الطفل ولقبه .

ويترتب على وجود هذا الواجب أن الشخص إذا تسمى باسم معيّن ، تعلق بهذا الاسم حق الجماعة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يغيّر بإرادته إسمه بغير اتباع الاجراءات التى بيّنها القانون حماية للمصلحة العامة وإستقرار المعاملات وحيث تتضمن هذه الاجراءات ما يكفل إعلام الكافة بطلب التغيير بعدة وسائل للنشر حتى يتسنى لمن له مصلحة ، الاعتراض على هذا التغيير، وليتمكن الجميع من معرفة الاسم الجديد للشخص .

ويلاحظ أن الشخص إذا اتبع الاجراءات المنصوص عليها فى القانون لتغيير اسمه ، فإنه يجب أن يصل الى التغيير الذى يريده ، وامتنع على الدولة أن تحرمه من الوصول الى تحقيق رغبته . « على أنه يشترط لذلك الا يكون فى تغيير الشخص اسمه إعتداء على إسم شخص آخر ، فلا يصح للشخص مثلاً ، أن يطلب تغيير إسمه لكى يتسمى بإسم شخص آخر حتى يفيد من شهرته . ففى هذه الحالة ، يحق للدولة أن تمتنع عن إجراء التغيير ، وعلى أية حال ، فإن تغيير الاسم، إذا ما تم ، فإنه يحصل على مسؤولية طالبه ، ويتحمل هذا نتائجه ، حيث انه إذا ترتب على التغيير ضرراً للغير التزم بتعويضه » .

أما عن كيفية اجراء التغيير فى الاسم فقد قضت المادة ٤٧ من قانون الأحوال المدنية بأنه :

« لا يجوز اجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن

وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٤٦ .

ويكون اجراء التغيير أو التصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة أو فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أو إثبات النسب بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة الى إستصدار قرار من اللجنة المشار اليها » .

ثانياً : يستقر الرأى فى الفقه الحديث الى إعتبار الحق فى الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، فالاسم يسمح بأن يتميّز به الشخص عن غيره من اشخاص المجتمع ، فهو يعد العلامة المميّزة للشخص ، فالشخص له الحق فى أن يستلزم من الغير إحترامه والاعتراف بشخصيته وبكيانه الفردى المستقل ، وأن يمنع كل اختلاط بينه وبين غيره من الأشخاص ومرتبط تمام الارتباط بشخصيته، فالحق فى الاسم ضرورى كى يعيش ويتطور مع الوسط الاجتماعى الذى يوجد به ، فالاسم يتصل أولاً بالشخص ويتصل ايضاً بالأسرة التى ينتمى اليها ويخلع عليها لقبها ، وقد رأينا أن المشرع يأخذ بهذا الاتجاه عندما قضى فى المادة ٥١ مدنى بحق الشخص فى دفع أى اعتداء يقع على اسمه .

ويترتب على اعتبار الحق فى الاسم من حقوق الشخصية ، أن يتميّز الحق فى الاسم بما تتميّز به هذه الحقوق بوجه عام من خصائص وهى :

أولاً : عدم قابلية الاسم للتصرف :

طالما كان الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية كما انه يعد ثابتاً ولا يجوز تغييره بمحض الارادة المطلقة ، فإنه يترتب على ذلك بالضرورة عدم جواز التصرف فيه أو النزول عنه ، سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بوصية أو تخويل الغير حق إستعماله .

ويرى جمهور الفقهاء أن مبدا عدم التصرف فى الاسم إنما يبنى على إعتبار أن الاسم هو العلامة المميّزة للانسان ولحالته ومقصوداً به تمييز الأشخاص ومنع الاختلاط بينهم ، وعلى هذا يتحدد هذا المبدأ بهذا الغرض . فإذا استعمل الاسم فى غير هذا الغرض فليس ثمة ما يمنع من التصرف فيه أو التنازل عنه أو الترخيص للغير فى استعماله .

وبناء على ما تقدم فيجوز للشخص السماح لمؤلف روائى إطلاق إسمه على

احد الأشخاص الخيالية فى روايته او قصصه ، أو السماح للغير باستعمال إسمه باسم مستعار أدبى أو فنى .

وأيضاً إذا كان الشخص قد انشا مالاً معيناً يحمل اسمه (كمحل تجارى أو علامة تجارية أو براءة إختراع) ، فإن له الحق فى النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال ، حيث يتمخض هذا النزول على أنه نزول عن إسم تجارى وهذا امر جائز كما سنرى بعد قليل .

ثانيًا : عدم خضوع الاسم لنظام التقادم :

ويترتب على كون الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية وأنه ليس من الحقوق المالية ، انه لا يخضع لنظام التقادم ، فعدم استعمال الشخص لاسمه مدة زمنية معيّنة - مهما طالت - لا يترتب عليه سقوط حقه فى التسمى به وإستعماله، وكذلك إنتحال شخص لاسم شخص أخر ، واستعماله له مدة معيّنة لا يترتب عليه كسب هذا الشخص لهذا الاسم بالتقادم مهما طالت مدة الانتحال . أما الاسم التجارى ولأنه من الحقوق المالية فيخضع لنظام مخالف .

ثالثا : عدم جواز الحجز على الحق فى الاسم :

قلنا أن الاسم لا يعد من الحقوق المالية ، وبالتالى فهو لا يدخل فى عناصر الذمة المالية للانسان . ولذلك فإنه يعد حقًا غير قابلاً للحجز عليه .وذلك بخلاف الأمر فى الحقوق المالية التى تخضع لنظام الحجز .

حماية الحق فى الاسم :

رأينا أن الاسم ذو طبيعة مزدوجة . وهو باعتباره حقًا يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية . وتخضع هذه الحقوق الأخيرة لنظام حمائى منصوص عليه فى المادة ٥٠ من التقنين المدنى حيث قضت بأن « لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » وقد طبق المشرع هذا المبدأ فى شأن حماية الحق فى الاسم فقضى فى المادة ٥١ مدنى بأن « لكل من نازعه الغير فى إستعمال إسمه بلا مبرر ، ومن إنتحل الغير إسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

يتبيَّن من النص السابق أن الاعتداء على الاسم قد يتخذ صورة من الصور الآتية :

المنازعة فى إستعمال الاسم بلا مبرر :

ويقصد بالمنازعة فى إستعمال الاسم ، إعتراض الغير على حق الشخص فى التسمى باسم معيّن وبالتالى فى إستعماله . فإذا ادعى شخص أن فلانًا الذى يحمل إسماً معيناً ليس له الحق فى التسمى بهذا الاسم لأنه ليس اسمه أو أشاع ذلك بين الناس ، وكان هذا الادعاء ليس له من أساس ، فلصاحب الاسم الحق فى أن يوقف هذا الاعتداء سواء كان دافع المنازع ، حسن النية ، أو كان سيئها .

ولا يشترط لإمكان مطالبة المعتدى عليه بدفع هذا الاعتداء ، أن يكون قد اصابه الضرر فعلاً من جراء المنازعة فى إستعماله إسمه . بل له هذا الحق دون أن يكلف باثبات تحقق الضرر الناتج عن المنازعة . فالحق فى الاسم يجب أن يكفل إحترامه لذاته دون توقف ذلك على وقوع ضرر من جراء الاعتداء عليه ، فلصاحبه مصلحة ظاهرة – فى حالة المنازعة – تبرر المطالبة بوقف هذه المنازعة والادعاء ولو لم يلحقه أى ضرر محدد نتيجة لذلك . فالاسم هو علامة الشخصية المميّزة ، والمنازعة فيه يعد مساساً بهذه الشخصية وانكار ذاتيتها وتعريضها للاختلاط بغيرها وذلك كله كافٍ لدرء الاعتداء دون تحميل صاحب الاسم بعبء إثبات ترتب ضرر محدد .

غير أنه إذا ترتب على المنازعة فى إستعمال الاسم بلا مبرر ضرر لصاحب الاسم كتعطيل بعض مصالحه نتيجة ذلك ، كان له الحق بجانب دفع الاعتداء ، فى المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر .

إنتحال الاسم دون حق :

يقصد بانتحال الاسم دون حق أن يتسمى الغير باسم شخص معيّن يستعمل هذا الاسم دون أن يكون له فى الأصل . فمثل هذا العمل يعد إعتداء على الاسم وإشاعة للخلط بينه وبين المنتحل ، الأمر الذى يبرر لصاحب الحق فى الاسم أن يطلب – دون توقف ذلك على تحقق ضرر – وقف هذا الانتحال . كما يكون له الحق فى المطالبة بالتعويض إذا أصابه ضرر من هذا الانتحال .

ولكن لا يعتبر إنتحالاً حالة تشابه الأسماء وتطابقها تطابقاً تاماً، فليس لشخص أن يعترض على إستعمال الغير لاسمه إذا كان هذا الاسم هو فى الوقت نفسه إسم لشخص آخر ، فلا يعد ذلك انتحالاً ولكن يجوز – إذا أراد هذا الشخص أن يتوقى الخطأ – أن يضيف الى إسمه ما يميّزه عن إسم الآخر .

وفى المعنى السابق قضت محكمة النقض بأن « الأصل ان لكل تاجر أن يتخذ من إسمه الشخصى (ويدخل فى ذلك اللقب) إسمًا تجارياً لتمييز محله التجارى عن نظائره ، ومن ثم فلا يتأتى تجريد شخص من إسمه التجارى المستمد من إسمه المدنى لمجرد التشابه بينه وبين الآخرين ، على أن القضاء لا يعدم من الوسائل ما يدرأ به ما عساه يقع من خلط او لبس أو منافسة غيرمشروعة نتيجة لتشابه الأسماء» .

ونشير اخيراً الى انه لا يعتبر إنتحالاً للاسم اطلاق اسم شخص على حيوان او منتجات صناعية أو شخص فى رواية . على انه يلاحظ أن ذلك قد يكون من شانه الاعتداء على شرف الشخص وسمعته مما يخوّل له حقاً فى التعويض طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية .

نخلص مما سبق أنه إذا حدثت المنازعة فى الاسم أو انتحل الاسم بغير مبرر ، كان للشخص الذى نوزع فى اسمه أو إنتحل أن :

(١) يوقف هذا الاعتداء طالما كانت هناك مصلحة فى وقف هذا الاعتداء بأن كان تركه يرتب عليه شيوع الخلط بين الشخص وغيره مما قد يسبب له اضراراً من جراء ذلك .

(٢) الحصول على تعويض إذا كان قد لحقه ضرر من هذا الاعتداء ، وللحكم بالتعويض شروط منها :

(أ) أن يتثبت أولاً من وقوع الاعتداء على الاسم سواء كان هذا الاعتداء عن طريق خطأ او اهمال .

(ب) أن يحدث ضرر حقيقى ناتج عن الخلط بين إسم المضرور وإسم المنتحل.

وهذه الحماية للاسم تنطبق على الاسم الحقيقى وعلى اسم الشهرة والاسم المستعار .

اسم الشهرة والاسم المستعار :

الاسم الحقيقى هو الاسم الذى يطلق على الشخص عند ولادته . ولكن قد يحدث أن يشتهر ذلك الشخص باسم آخر بين الناس ، فيطلق على هذا الاسم اسم الشهرة (Surnom) وللشخص الحق وفقاً للاجراءات التى ينص عليها القانون ، أن يغيّر إسمه الحقيقى الى إسم الشهرة ، فإذا لم يغيّره رسمياً كان له الحق مع ذلك

فى التمتع باسم الشهرة وطلب حمايته عند اللزوم .

وطبقًا لما جاء فى الكتاب الدورى رقم ٩ لسنة ١٩٦٢ الصادر من مصلحة الأحوال المدنية المصرية ، فإنه لا يجوز أن يكتب فى شهادات الميلاد الجديدة والبطاقات إسم الشهرة إلا إذا كان قد صدر به حكم أو قرار من جهة مختصة .

أما الاسم المستعار (Pseudonyme) فهو إسم يصطنعه الشخص ويطلقه على نفسه بقصد تحقيق غرض معيّن كإخفاء شخصيته فى مناسبة معيّنة ، ككاتب ناشىء يريد أن يطمئن على ما يكتبه بدون أن يعرض إسمه الحقيقى لنكسة أو هزة . وقد يكون الغرض من الاسم المستعار إكتساب الشهرة عن طريق التسمى باسم ذائع أو ملفت للنظر ، وقد يكون الغرض سياسياً كتسمى رجال المقاومة الوطنيين بأسماء مستعارة (حركية) لإخفاء أسمائهم الحقيقية .

يتبيّن مما سبق الفارق بين إسم الشهرة والاسم المستعار . فإسم الشهرة يطلقه الشخص على نفسه . كما أن اسم الشهرة يتشابه مع الاسم الحقيقى فى أنه يستوعب كامل شخصية الانسان ونشاطه وحياته ، أما الاسم المستعار فهو يقتصر فقط على وجه معيّن من أوجه النشاط التى يمارسها الشخص .

ويلاحظ أن وجود إسم شهرة أو إسم مستعار للشخص لا يؤدى الى زوال اسمه الحقيقى ، بحيث يجب على الشخص عندما يتعرض لأحوال وظروف تقتضى منه الادلاء باسمه ، أن يذكر اسمه الحقيقى .

ولكن نظراً للدور الذى يلعبه الاسم المستعار وإسم الشهرة فى تمييز الشخص عن غيره من الأشخاص ، فإن للشخص الحق فى أن يحمل هذه الأسماء، وان يطلب حماية القانون لها عند وقوع اى اعتداء عليها كما بيّنا منذ قليل .

ويختلف الاسم المستعار وإسم الشهرة عن الاسم الحقيقى فى أن لهما صفة فردية ، أى ان هذه الأسماء لا تنتقل من الأصول الى الفروع ولا تكسب بالنسب .

ونلاحظ أخيراً أن إسم الشهرة لا يخضع لأية قيود فى التسمى ، لأنه إسم اطلقه الناس على الشخص . أما الاسم المستعار فيجب لكى يتسمى به الشخص ، الا يكون من شأن ذلك الخلط بينه وبين غيره ممن يحملون ذات الاسم . « فإذا كان الأصل ان مثل هذا الخلط يكون غير محتمل نظراً لاقتصار الاسم المستعار على وجه معيّن من اوجه نشاط صاحبه ، إلا انه مع ذلك متصور إذا كان صاحب الاسم الأصلى يمارس نفس الوجه من النشاط تحته . وكذلك إذا كان الغالب أن صاحب

الاسم المستعار يجهل مطابقته لاسم أصلي لشخص أخر مما يزيد في تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة إذا كان يعلم بهذه المطابقة ، خاصة إذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين » .

الاسم التجارى :

فى كثير من الأحيان ما يستخدم التاجر اسماً يمارس تحته تجارته ويكون مميزاً لمحله التجارى وهذا هو الاسم التجارى (Le nom commercial) الذى يعتبر عنصراً من عناصر المحل التجارى . وقد يدخل فى تكوين الاسم التجارى ، الاسم المدنى للتاجر .

وتقضى المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بشأن الأسماء التجارية بأن : « على من يملك بمفرده محلاً تجارياً أن يتخذ إسمه الشخصى عنصراً اساسياً فى تكوين إسمه التجارى . ولا يجوز فى هذه الحالة أن يتضمن الاسم التجارى بيانات تدعو للاعتقاد بأن المحل التجارى مملوك لشركة ».

كما تقضى المادة الثانية من القانون السابق بأنه : « يجوز أن يتضمن الاسم التجارى بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه متعلقة بنوع التجارة المخصص لها كما يجوز أن يتضمن تسمية مبتكرة . وفى جميع الأحوال يجب أن يطابق الاسم التجارى الحقيقة ولا يؤدى الى التضليل أو يمس بالصالح العام » .

وبالنسبة لاسم شركة التضامن وغيرها من الشركات ، تقضى المادة الخامسة من قانون الأسماء التجارية بأن : « يكون عنوان شركة التضامن اسماً تجارياً لها وللشركة أن تحتفظ بعنوانها الأول بغير تعديل إذا ضم شريك جديد لعضويتها . ويكون عنوان شركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم وعنوان أو اسم الشركات ذات المسئولية المحدودة اسماً تجارياً لها» .

وتقضى المادة السابعة من القانون بأن « يكون عنوان الشركة المساهمة اسماً تجارياً لها أو تسمية خاصة بها . ويجب أن يشمل هذا الاسم ما يدل على وجود شركة مساهمة ، وإذا احتفظت شركة المساهمة باسم مؤسسة تجارية اخرى تملكها واتخذته اسماً لها وجب عليها أن تضيف الى هذا الاسم عبارة (شركة مساهمة)».

والحق على الاسم التجارى يختلف عن حق الشخص على إسمه ، فهو حق مالى - أى له صفة مالية - وهو لذلك يعد - على خلاف الاسم المدنى - قابلاً للتصرف وللتقادم .

ولكن إذا كان الاسم التجارى يجوز التصرف فيه باعتباره عنصراً من عناصر المحل التجارى ، فإنه لا يجوز التصرف فيه استقلالاً عن هذا المحل . وهذا ما يؤدى الى حماية الجمهور من اللبس والتضليل . (مادة ٨ من قانون الأسماء التجارية) .

وإذا فرض وكان الاسم التجارى نفسه هو الاسم الخاص المدنى لصاحب المحل، فينحصر التصرف فيه عندئذ فى السماح باستعماله كعنوان للمحل التجارى، ويبقى للمتصرف الحق فى إستعمال إسمه كوسيلة للتمييز بينه وبين غيره من الأشخاص .

والاسم التجارى - كالاسم المدنى - يخضع لنظام الحماية القانونية . فيحق لصاحبه المطالبة بوقف المنازعة فيه أو إنتحاله من قبل الغير مع حقه فى المطالبة بالتعويض إذا أصابه ضرر من جراء هذا الاعتداء .

وتقضى المادة الثالثة من قانون الأسماء التجارية بأنه إذا « قيد الاسم التجارى فى السجل التجارى وشهر وفقًا لأحكام اللائحة التى تصدر لهذا الغرض ، فلا يجوز لتاجر آخر إستعمال هذا الاسم فى نوع التجارة التى يزاولها صاحبه فى دائرة مكتب السجل الذى حصل فيه القيد ، وإذا كان التاجر الآخر ولقبه يشبهان الاسم التجارى المقيّد فى السجل وجب عليه أن يضيف الى إسمه بيانًا يميّزه عن الاسم السابق قيده ، ويسرى هذا الحكم على الفروع الجديدة للمحل التجارى» .

كما تقضى المادة ٤ من القانون بأن : « يسرى حكم المادة السابقة على الأسماء التجارية الخاصة بشركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة ، إذا تضمن عنوانها إسم شريك أو اكثر . اما شركات المساهمة والشركات ذات المسئولية المحدودة التى يكون إسمها مستمداً من غرضها فيجب ان تتميّز اسماؤها عن اسماء مثيلاتها المقيّدة بجميع مكاتب السجل التجارى » .

المطلب الثالث

الحالة (L'état)

تحديد المقصود بالحالة :

يعد اصطلاح الحالة من ابتكارات الرومان . وإذا رجعنا الى القانون الرومانى لنبحث عن أصل هذا الاصطلاح ، لوجدناه يعنى مجموعة العناصر الواجب توافرها فى الشخص القانونى المتمتع بالشخصية القانونية فى نظر القانون

الرومانى . وهـذه العناصر ثلاثة ، حـالة الحرية Status libertatis والتى تحدد إنتماء الشـخص الى طبـقة الأحرار أو الـرقيق ، والحـالة الوطنيـة Status civitatis من حـيث مدى اعتـباره مواطناً رومـانياً أو اجنبـياً ، والحالة العـائلية Status familiae من حـيث إعتباره رب أسرة أم من الخاضعين لسلطانه من الزوجة أو الأبناء .

وفى الشرائع الحديثة لم يعد هناك اى وجود لنظام الرق ، فضاق اصطلاح الحالة واصبح مقصوراً على الحالة السياسية والحالة العائلية ، غير أنه فى بعض البلدان الشرقية يؤثر الدين فى المركز القانونى للشخص من حيث حقوقه وواجباته ، ولذلك تضاف الى الحالة السياسية والعائلية ، الحالة الدينية .

هذا وقد عرفت محكمة النقض المصرية الحالة بأنها مجموع ما يتميّز به الانسان عن غيره من الصفات التى يرتب القانون عليها أثراً فى حياته الاجتماعية وهذه الصفات قد تكون طبيعية مثل كون الانسان ذكراً أو انثى ، وقد تكون عائلية ككونه زوجاً أو ارملاً أو أباً أو ابناً . وقد تكون مدنية ككونه تام الأهلية أو ناقصها أو مقيدها بسبب من الأسباب القانونية ، وقد تكون دينية ككونه مسلماً أو مسيحياً أو يهودياً أو غير ذلك ، وقد تكون سياسية ككونه متمتعًا بجنسية الدولة أو متوطناً فيها أو قد تكون حرفية ككونه محامياً أو موظفاً أو عاملاً .

والواقع أن اصطلاح الحالة إنما يعنى مجموع صفات يتصف بها الشخص فى جماعة أو مجموعة ذات تكوين قانونى ، فتتأثر بها مجموعة الحقوق المقررة له والواجبات المفروضة عليه .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التعريف عدة ملاحظات ونتائج هى :

١-أن هذه الصفات تتحدد للانسان بالميلاد ومنذ ابتداء شخصيته ، وتلازمه حتى إنتهاء هذه الشخصية ، وهى لازمة وضرورية طوال حياة الشخص .

(٢) أن هذه الصفات وكما رأينا تتحدد بالنظر الى الشخص من حيث دولة معيّنة (جماعة سياسية منظمة) ومجموعة عائلية محددة هى الأسرة ، ودين معيّن (أو جماعة دينية معيّنة) ، ولعل السبب فى هذا النظر ، هو أن هذه الجماعات أو المجموعات ذات قيمة اجتماعية اساسية ومن الدعامات الأساسية للمجتمع ، بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة اولية يجب الفصل فيها إبتداء لتحديد حقوقه والتزاماته من بعد ذلك وعلى ضوئها .

(٣) ان الحالة بالمعنى السابق تحدد مدى اهلية الوجوب التى تتوافر للانسان

من حيث الاتساع أو الضيق » مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية الوجوب واعتبار الثانية مؤسسة على الأولى ومحددة بها، وأما أهلية الأداء فتحددها عناصر - كالعقل والإرادة - لا شأن لها بالحالة ولا تأثير لها عليها فى الأصل » .

(٤) أن الحالة لا تؤثر على حقوق الشخصية أى على الحريات العامة المتمتع بها كل انسان ، فهذه الحقوق والحريات تثبت للانسان لمجرد آدميته دون النظر الى اى إعتبار آخر . فالناس سواء فى التمتع بمثل هذه الحقوق الأساسية والحريات العامة .

نخلص مما تقدم أن الحالة انما تعنى المركز الملازم للشخص فى جماعة معيّنة وحيث تتأثر شخصية الانسان ومداها بحالته . فهى تتأثر بمركز الشخص فى الدولة التى يعيش فيها من حيث كونه وطنياً او اجنبياً (وتلك هى الحالة السياسية او العامة) كما تتأثر بمركزه فى الأسرة (وتلك هى الحالة العائلية أو المدنية أو الحالة الخاصة) . كما تتأثر فى مصروفى معظم بلدان الشرق بديانته وتلك هى الحالة الدينية .

فنعرض لهذه الأمور تباعاً .

(١) الحالة العامة (السياسية)

المقصود بالحالة السياسية :

يُقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث إنتسابه وإنتمائه الى دولة معيّنة وارتباطه بها برابطة التبعية ، تلك العلاقة أو الرابطة التى تربط الشخص بالدولة يطلق عليها الجنسية La nationalité .

أهمية الحالة السياسية :

تبدو أهمية الجنسية فى التمييز بين مركز الوطنيين ومركز الأجانب من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى ، فالملاحظ أن تشريعات الدول لا تسوى بين الوطنيين والأجانب فى هذه الحقوق والواجبات . فتحرم هذه التشريعات على الأجانب التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها المواطن ، كما تعفيهم من بعض الواجبات المفروضة على كاهل الوطنيين .

ويعنى القانون الدولى العام ببيان الحد الأدنى للحقوق الواجب الاعتراف بها للأجانب فى التشريعات الوطنية . بحيث يعد هذا الحد ، هو القدر الضرورى

الواجب مراعاته من الدول بالنسبة للأجانب الموجودين فيها ، ولا يمنع هذا الحد من أن تتوسع الدولة فيه بمقتضى تشريعها الداخلى أو بمقتضى معاهدة دولية . غير أن شراح القانون الدولى العام لم تتفق كلمتهم فى شأن تحديد هذا القدر الأدنى من تلك الحقوق . ولذلك يكون من المفيد الاستئناس فى هذا الصدد بإعلان حقوق الانسان الذى أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ ، حيث تضمن هذا الاعلان الحقوق التى يتمتع بها الفرد بصفته الآدمية ، الى جانب بعض الحقوق التى تثبت له بوصفه وطنياً ، على أن هذا الاعلان ليست له قوة الالزام ، إذ لا تزال قيمته أدبية محضة .

« وفيما عدا القاعدة التى توجب على كل دولة أن تكفل فى تشريعها الحد الأدنى من الحقوق للأجانب ، لايتضمن القانون الدولى العام من القواعد المتعلقة بتنظيم مركز الأجانب سوى ما ندر ، كالقاعدة التى قررها قضاء محكمة العدل الدولية والتى بمقتضاها ليس للدولة أن تنزع ملكية الأجنبى دون تعويض عادل ، والقاعدة التى تقضى بأنه ليس للدولة أن تمنع دخول الأجانب فى اقليمها أو أن تبعدهم من اقليمها بالجملة .

ففيما خلا تلك القواعد القليلة التى يقررها القانون الدولى يرجع فى تحديد حقوق الأجانب تفصيلاً الى أحكام التشريع الداخلى لكل دولة ، والى ما تبرمه الدول فى هذا الشأن من معاهدات وعلى الأخص معاهدات الإقامة .

وللدولة كامل الحرية فى تعيين الحقوق التى يتمتع بها الأجنبى فيما يجاوز الحد الأدنى ، فلها أن تحرم الأجنبى من التمتع بحق معيّن ، ولها أن تتيح له هذا التمتع ولها أن تقيّده بشروط معيّنة ، وهى تراعى فى ذلك ظروفها الخاصة كمقتضيات اقتصادها الوطنى وأمنها العام واحتياجاتها أو عدم احتياجها الى المزيد من عنصر السكان ، الى غير ذلك » .

الجنسية:

الجنسية كما رأينا هى التى تحدد حالة الشخص السياسية ، والجنسية إما أصيلة أو أصلية تثبت للشخص بسبب ميلاده ومن وقت هذا الميلاد ، وإما أن تكون مكتسبة أو طارئة تثبت للشخص بعد الميلاد ولسبب آخر غير الميلاد .

ويقصد بالجنسية الأصلية (Nationalité d'origine) تلك التى تثبت للشخص مع مولده وهى تفرض إما عن طريق نسبه الى أبيه (ويسمى حق الدولة فى فرضها

على هذا الأساس بحق الدم (Jus sanguinis) وإما ان تثبت على اساس وقوع الميلاد فى اقليم الدولة (ويطلق على اساس فرض الجنسية فى هذه الحالة - حق الاقليم .(Jus Soli-

والدولة لا تستطيع منح جنسيتها لمن ليست لهم بها أية رابطة على أساس الدم أو الأرض . وتعد رابطة الدم أقوى من رابطة الاقليم ، فقد يحدث الميلاد فى الاقليم مصادفة ، ولهذا فعندما تفرض الدولة جنسيتها على أساس الاقليم لا تكتفى عادة بمجرد واقعة الميلاد ، وانما تعزز ذلك بوقائع أخرى كسبق ميلاد الأب أيضاً فى الاقليم أو توطنه فيه عند ميلاد الولد . ويلاحظ أنه عندما تفرض الجنسية على أساس حق الاقليم ، فإن ذلك يكون فى الدولة التى يسعفها وحدة الأصل فى زيادة رعاياها . كما أنه لامناص من الأخذ بحق الاقليم فى شأن بعض الحالات التى تقتضى ذلك كحالة المولود فى اقليم من أبوين مجهولين أو من والد معدوم الجنسية أو مجهولها .

ويأخذ المشرع المصرى كقاعدة عامة برابطة الدم أو حق الدم كأساس للتمتع بالجنسية المصرية . فتقضى المادة الثانية من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية والمعدل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بأن :

« يكون مصرياً :

١- من ولد لأب مصرى ، أو لأم مصرية .

فبعد ان كان قانون الجنسية رقم ١٩٧٥/٢٦ يقضى بأن يكون مصرياً كل من ولد لأب مصرى ، أراد المشرع فى تعديل عام ٢٠٠٤ التوسع فى الأخذ بحق الدم فلم يقصره على فروع الأب المصرى وإنما مده لفروع الأم المصرية اخذاً بمبدأ المساواة المطلق ، ويأخذ المولود لأب او لأم مصرية الجنسية المصرية أياً كان محل الميلاد ، سواء تم فى مصر أو فى الخارج .

غير ان المشرع يأخذ فى حالات خاصة برابطة أو حق الاقليم فيقرر فى رقم (٢) من الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون الجنسية المعدل بالقانون ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بانه : يكون مصرياً : «٢- من ولد فى مصر من أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط فى مصر مولوداً فيها ما لم يثبت العكس » .

وقد توقع المشرع ان الأخذ بحق الدم فى منح الجنسية المصرية لأولاد الأب أو الأم المصرية لا يحول دون تمتع المولود بجنسية اجنبية أخرى ، وهذا ما قد يحدث

كثيراً ، إذا تمت عملية الولادة بالخارج أو كان الزوج أو الزوجة المصرية مقترنين بزوجه او زوج أجنبى يسمح قانونه بحمل المولود لجنسيته ، هنا يحدث ازدواج فى الجنسية لهذا المولود من أب مصرى أو أم مصرية ، وقد يظهر للقيط والمجهول الأبوين أب او أم يتمتع بجنسيتهما بعد ان ثبتت له الجنسية المصرية . ففى هذه الأحوال قضى المشرع فى الفقرة الثانية من المادة الثانية المشار إليها بأنه :

« ويكون لمن تثبت له جنسية اجنبية إلى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لحكم الفقرة السابقة ، أن يعلن وزير الداخلية رغبته فى التخلى عن الجنسية المصرى، ويكون إعلان هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو متولى التربية فى حالة عدم وجود أيهما .

وللقاصر الذى زالت عنه الجنسية المصرية تطبيقًا لحكم الفقرة السابقة ، أن يعلن رغبته فى استردادها خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد ... » .

ويراعى أن التعديل الذى اتى به المشرع عام ٢٠٠٤ لا يسرى إلا من تاريخ نفاذ القانون رقم ١٤٥ وهو ينفذ يوم ١٥ يوليو ٢٠٠٤ فمن هذا اليوم يعد مصرياً من يولد لأم مصرية ، ولكن ما الحكم بالنسبة لمن ولد من أم مصرية قبل نفاذ القانون ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ ولم يكن قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ يمنحه الجنسية المصرية ؟

تعرض المشرع لهذا الفرض الانسانى والذى عانى من آثاره مئات الآلاف من ابناء المصريات المتزوجات من اجانب ، فقضى فى المادة الثالثة من القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ بأن :

« يكون لمن ولد لأم مصرية وأب غير مصرى قبل تاريخ العمل بهذا القانون ، أن يعلن وزير الداخلية برغبته فى التمتع بالجنسية المصرية ، ويعتبر مصرياً بصدور قرار بذلك من الوزير ، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الاعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض .

ويترتب على التمتع بالجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة تمتع الأولاد القصر بهذه الجنسية . أما الأولاد البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية باتباع ذات الاجراءات السابقة .

فإذا توفى من ولد لأم مصرية ، وأب غير مصرى قبل تاريخ العمل بهذا القانون ، يكون لأولاده حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين .

وفى جميع الأحوال ، يكون إعلان الرغبة فى التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو متولى التربية فى حالة عدم وجود ايهما ».

أما الجنسية الطارئة أو المكتسبة أو اللاحقة Nationalité acquise فهى التى تثبت للشخص بعد مولده أى بسبب طارئ بعد الميلاد . فتكسب هذه الجنسية عادة بالزواج أو التجنس .

فتتجه معظم القوانين الى تقرير مبدأ إكتساب الزوجة الأجنبية لجنسية زوجها إما بشكل مطلق أو مشروط ، ومن ذلك ما يأخذ به المشرع المصرى لدينا حيث تقضى المادة السابعة من قانون الجنسية بأنه « لا تكتسب الأجنبية التى تتزوج من مصرى جنسيته بالزواج إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها فى ذلك ولم تنته الزوجية بعد انقضاء سنتين من تاريخ الاعلان لغير وفاة الزوج ، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات مدة السنتين حرمان الزوجة من اكتساب الجنسية المصرية » .

أما التجنس فهو إكتساب الجنسية باختيار الفرد وموافقة الدولة . ومن قبيل ذلك ما يقرره المشرع المصرى من منح الجنسية المصرى « لكل من ولد فى مصر لأب أصله مصرى متى طلب التجنس بالجنسية المصرية بعد جعل اقامته العادية فى مصر وكان بالغاً سن الرشد عند تقديم الطلب » و « لكل من ينتمى الى الأصل المصرى متى طلب التجنس بالجنسية المصرية بعد خمس سنوات من جعل اقامته العادية فى مصر وكان بالغاً سن الرشد عند تقديم الطلب » .

ويلاحظ أن الدول تختلف فيما بينها فى شأن التسوية فى الحقوق فيمن تثبت لهم الجنسية أصلاً ومن تثبت لهم بسبب طارئ بعد الميلاد . فمن التشريعات ما يسوى بين الفئتين ، ومنها ما لا يجرى على هذه التسوية ، ومنها التشريع المصرى .

فتقضى المادة التاسعة من قانون الجنسية بأن« لا يكون للأجنبى الذى اكتسب الجنسية المصرية طبقاً للمواد ٣ و ٤ و ٦ و ٧ حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل خمس سنوات من تاريخ اكتسابه لهذه الجنسية ،كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضواً فى اى هيئة قبل مضى عشر سنوات من التاريخ المذكور ، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية الاعفاء من القيد الأول أو من القيدين المذكورين معاً .

ويجوز بقرار من وزير الداخلية أن يعفى من القيد الأول أو من القيدين المذكورين معاً من انضم الى القوات المصرية المحاربة وحارب فى صفوفها .

ويعفى من هذين القيدين أفراد الطوائف الدينية المصرية فيما يتعلق بمباشرة حقوقهم فى انتخابات المجالس الملية التى يتبعونها وعضويتهم بها » .

ونلاحظ أخيراً أن هناك فارقاً هاماً بين من تثبت له الجنسية المصرية بحسب الأصل وبين من اكتسبها بعد الميلاد (التجنس) حيث أجاز القانون (مادة ١٥) بقرار مسبق من مجلس الوزراء سحب الجنسية المصرية من كل من إكتسبها بطريق الغش أو بناء على أقوال كاذبة خلال السنوات العشر التالية لاكتسابه إياها. كما يجوز سحبها من كل من إكتسبها بالتجنس أو بالزواج وذلك خلال السنوات الخمس التالية لاكتسابه إياها ، وذلك فى اى حالة من الحالات الآتية (صدور حكم عليه فى جريمة مخلة بالشرف أو بأمن الدولة من جهة الخارج أو الداخل ، أو لانقطاعه عن الاقامة فى مصر مدة سنتين متتاليتين وكان هذا الانقطاع بلا عذر يقبله وزير الداخلية) .

(٢) الحالة المدنية (العائلية)

يُقصد بالحالة العائلية أو المدنية ،جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص داخل الأسرة ، فشخصية الانسان وأهلية وجوبه تتحدد بالمركز الذى يشغله داخل الأسرة . والصفات التى تحدد مركز الشخص داخل الأسرة والتى تقوم على أساس من القانون تستمد إما من رابطة الزوجية وإما من رابطة القرابة ولن نعرض لرابطة الزوجية وإنما سنعرض لرابطة القرابة التى تعنينا فى هذه الدروس . والقرابة إما أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة .

قرابة النسب :

قرابة النسب هى تلك القرابة القائمة على أساس الاشتراك فى أصل واحد أو هى صلة الدم التى تقوم بين كل من يجمعهم أصل مشترك . وقد نص المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٣٤ من التقنين المدنى على أنه « يعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » وهذه القرابة إما أن تكون مباشرة أو غير مباشرة .

(١) القرابة المباشرة *Parenté en ligne directe* :

وهى القرابة التى تنحصر فى عامود النسب ، وهى الصلة ما بين الأصول والفروع ، وهذا ما تقرره الفقرة الأولى من المادة ٣٥ مدنى من أن « القرابة المباشرة» هى الصلة ما بين الأصول والفروع .

والأصل هو من نزل عنه الشخص سواء من ناحية أبيه أو أمه ، فهو الأب والأم وابو الأب وابو الأم وام الأم وابو لأم هؤلاء وهكذا ... والفرع هو كل من نزل من غيره ، كالبنت والابن وفروع الابن وفروع البنت وهكذا ... وقد بيّنت المادة ٣٦من التقنين المدنى كيفية حساب درجة القرابة المباشرة أى درجة القرابة بين الأصول والفروع . حيث قضت بأن « يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة إعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل » . وبناء على ذلك ، فالأب والأم فى الدرجة الأولى وكذلك الابن والبنت . وابو الأب وأم الأب وابو الأم وام الأم فى الدرجة الثانية وكذلك ابن الابن وبنت الابن وابن البنت وبنت البنت وهكذا...

(٢) قرابة الحواشى *Parenté en ligne collarérale* :

وهى القرابة القائمة بين اشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون احدهم فرعاً للآخر ، كصلة الأخ بأخيه ، يجمعهم أصل مشترك وهو الأب ولكن لا يعتبر احدهما فرعاً للآخر . وبناء على ذلك يعتبر الأخ والأخت من الحواشى وفروعهما وإن نزل . كذلك يكونون من الحواشى العم والعمة وفروعهما وإن نزل ، وعم وعمة الأب والجد وإن علا وفرع هؤلاء وإن نزل ، وما ذكر عن العم والعمة يصح فى الخال والخالة وهكذا .

وينتسب للشخص من جهة ابيه فروع ابى أبيه وفروع أم ابيه وفروع كل أب وأم لكل أصل من أصول أبيه . وينتسب له من جهة أمه فروع أمه وفروع أبى أمه وفروع أم امه وفروع كل اب وأم لكل اصل من اصول أمه .

أما عن كيفية حساب درجة قرابة الحواشى فقد بيّنتها المادة ٣٦ مدنى بقولها «وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيماعدا الأصل المشترك يعتبر درجة » . معنى ذلك أن درجة قرابة الحواشى بين شخصين تتحدد بعدد الفروع التى تصل كل شخص بالأصل المشترك مع حساب كل شخص منها فرعًا وعدم حساب

الأصل المشترك . فالأخ فى الدرجة الثانية ،وابن الأخ فى الدرجة الثالثة وكذلك العم اما ابن العم ففى الدرجة الرابعة .. وهكذا .

قرابة المصاهرة Alliance :

يقصد بقرابة المصاهرة ، تلك القرابة التى تقوم - نتيجة الزواج - بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . فتقضى المادة ٣٧ من التقنين المدنى بأن « أقارب احد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر » ومعنى هذا النص ان قرابة المصاهرة انما تربط بين الزوج وأقارب زوجه ، فلا تربط بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج .

ويلاحظ ان صلة الزوج بزوجته ليست صلة مصاهرة بل هى صلة زوجية .

اما عن كيفية حساب درجة القرابة فى المصاهرة ، فهى تحسب كما تحسب فى قرابة النسب تماماً ، وهذا ما تعنيه المادة ٣٧ المشار اليها عندما قالت بأن «أقارب احد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر » فالزوج مثلاً يعتبر قريباً من الدرجة الأولى لأبى زوجته او امها ، وقريباً من الدرجة الثانية بالنسبة لأخيها ، وإبن عم الزوجة ، يكون قريباً للزوج من الدرجة الرابعة وهكذا ...

أهمية القرابة :

تبدو أهمية القرابة ، فى أن القانون يرتب عليها آثاراً متعددة منها :

١- أن حقوق الشخص والتزاماته العائلية انما تتحدد بحسب مركزه فى الأسرة (وتلك هى حقوق الأسرة) فالشخص بوصفه أباً يكون له على أولاده حق التأديب والولاية ، وبوصفه ابناً عليه واجب الخضوع لسلطة أبيه وله عليه حق التربية ، وبوصفه زوجًا له على زوجته حق التأديب والطاعة والطلاق ، وبوصفها زوجة عليها واجب الطاعة للزوج والقرار فى بيت الزوجية ، وبوصف الشخص اماً او جدة أو اختاً أو بنت اخت أو خالة أو ابًا او جداً أو اخاً أو ابن اخ اوعماً يكون له - حسب مراتب الأولوية المقررة فى الشريعة الاسلامية - حق حضانة الصغير .

٢- والقرابة تنشىء العديد من الحقوق المالية ، كالحق فى النفقة ، للصغير والزوجة والقريب ، والحق فى الارث ..

٣- كما تعتبر القرابة (قرابة النسب) فى بعض الأحيان مانعاً من موانع

الزواج - أى فى تحديد المحرمات من النساء ، فقرابة النسب تحرم على الشخص الزواج بأربعة طوائف ، الأصول والفروع وفروع الأبوين وفروع الأجداد والجدات بمرتبة واحدة فقط (أى العمات والخالات فقط) . كما تعتبر قرابة المصاهرة أيضاً من موانع الزواج فى بعض الحالات ، حيث تحرم الشريعة على الزوج أن يتزوج ببعض قريبات زوجته وهن أصول الزوجة (أم زوجته) وفروع زوجته التى دخل بها ، وزوجة الفرع أى زوجة ابنه وابن ابنه وان سفل وزوجة الأصل كزوجة الأب وزوجة الجد ، فهؤلاء يحرم على الرجل الزواج بهن أبداً .

كما تعتبر قرابة المصاهرة مانعًا مؤقتاً من موانع الزواج ، فيحرم على الزوج الزواج ببعض قريبات زوجته موقتاً ، فلا يجمع بين الأختين وبين البنت وعمتها أو خالتها وبين البنت وابنه أختها أو ابنة أخيها .

٤- وتبدو اهمية القرابة ودرجاتها واضحة فى كثير من الأوضاع القانونية حيث يعتد القانون بالقرابة فى شأن الحد من حقوق بعض الأشخاص ولنشاطهم القانونى .

من ذلك مثلاً نص المادة ٩٣٩ من التقنين المدنى التى لا تجيز الشفعة « إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » .

ومن ذلك أن المادة ٥٢٠ من القانون المدنى ، تمنع الواهب من الرجوع فى الهبة « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم » .

ومنها أن المادة ١٤٦ من قانون المرافعات تقضى بأن يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة . أو إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ، أو إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب ... مصلحة فى الدعوى القائمة .

إثبات القرابة :

رأينا أن القرابة إما أن تكون قرابة نسب (أو قرابة طبيعية) أو قرابة مصاهرة وأمر الاثبات لا يدق إلا بالنسبة لاثبات قرابة النسب أما قرابة المصاهرة (وكذلك رابطة الزوجية) فتثبت بإثبات الزواج .

وطبقًا للقانون فإن إثبات الزواج يقع بالاقرار ، باعتراف الرجل أن فلانة زوجته أو اعتراف المرأة أن فلاناً زوجها وتصديق كل منهما الآخر فى اقراره . فإذا لم يوجد اقرار ، فالملاحظ - فى مصر - أن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ قصر اثبات الزوجية فى دعوى الزواج - عند انكار المدعى عليه - على وثيقة الزواج الرسمية سواء اكانت الخصومة بين الزوجين نفسيهما ، أم كانت بين ورثتهما ، أم بين أحدهما وورثة الآخر .

فقد قضت المادة ١٧ من هذا القانون بأن « ولا تقبل عند الانكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة ... ».

أما إثبات قرابة النسب (أو القرابة الطبيعية) فيكون عن طريق ثبوت النسب.

وثبوت النسب قد يثور كمشكلة مستقلة ، كما قد يثور بمناسبة تحديد الورثة تمهيداً لتوزيع التركة . والقاعدة أن دعوى ثبوت النسب لا يجوز أن ترفع استقلالاً إلا إذا كان الأب أو الابن المدعى عليه حياً . أما إذا كان قد مات فعلاً فلا بد أن يكون متصلاً بحق فى تركة .

وفى الحالة الأولى يتم إثبات النسب وفقاً لقواعد الشريعة الاسلامية إذ كان أطراف النزاع مسلمين ، أو كانا غير مسلمين ولكن لم تتوافر شروط انطباق شريعتهم الطائفية الخاصة ، أما إذا توافرت تلك الشروط فيجرى إثبات النسب وفقاً لشريعتهم .

أما فى الحالة الثانية ، أى فى حالة اثارة مسألة النسب بمناسبة الارث ، فإن اثبات النسب يتم فى جميع الأحوال طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، وذلك لأن تحديد الورثة إنما يتم طبقًا لأحكام الشريعة الغراء طبقاً للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، ولا يمكن أن يتم طبقًا لأى شريعة اخرى حتى ولو توافرت شروط تطبيقها أو اتفق الطرفان على ذلك . ومعنى ذلك أن الشريعة الاسلامية سوف تحكم معظم حالات ثبوت النسب ، ومع ذلك فلا يوجد خلاف جوهرى بين الشريعة الاسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية إلا فى مسألة واحدة ، وهى مركز الأولاد من الزوجة الثانية التى تزوجها الأب برغم ارتباطه بزوجة أولى .

فالشريعة الاسلامية تعتبر هؤلاء الأولاد شرعيين ، شأنهم فى ذلك شأن أولاد الزوجة الأولى ، أما الشريعة غير الاسلامية فلا تعتبرهم كذلك .

ونعرض فيما يلى لطرق ثبوت النسب فى الشريعة الاسلامية .

فإذا كان المراد إثبات نسب الولد لأمه (وأقاربها) فإن هذا النسب يثبت بالولادة ،ولا يتوقف على شىء أخر ، ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج أو من سفاح .

أما إذا كان المراد هو اثبات نسب من الرجل ، فيثبت بثلاث طرق ، بالفراش والاقرار والبيّنة .

(١) أما الطريقة الأولى وهى الفراش ، فيقصد بها أو يولد الولد للرجل من زوجته ، متى كان من الممكن ان تكون الولادة منه ، بأن كان فى سن البلوغ ، فالولد الذى يولد من زواج صحيح ينسب الى أبيه دون حاجة الى إقرار منه بنسبه ، وهذا هو مفهوم القاعدة الشرعية « ان الولد لصاحب الفراش » ومن مقتضى هذه القاعدة أن كل مولود يولد بعد مدة ستة أشهر من الزواج (وهى أدنى مدة للحمل) أو قبل انقضاء ٣٦٥ يوماً على إنتهاء الزواج ، فإنه ينسب الى الزوج .

وبالتطبيق لذلك أيضاً قضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمنع القضاء من سماع الدعوى بالنسب فى حالات معيّنة رؤى أنها مبنية فى غالب الأمر على الكذب والبهتان ، فقضت المادة (١٥) من هذا القانون بأن « لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفا ة » .

(٢) والطريقة الثانية هى الاقرار ، أى إعتراف الرجل ببنوة الولد ، وبه تثبت البنوة الشرعية من كافة الوجوه .

ولكن يشترط لصحة هذا الاقرار ، أن يكون الولد مجهول النسب ، فإن كان معلوم النسب فلا يصح الاقرار به . فالشريعة الاسلامية لا تعرف نظام التبنى والذى يقضى بنسبةالولد المعروف نسبه الى غير أبيه . كما يشترط لصحة الاقرار ايضاً ان يكون من الممكن أن يولد هذا الولد لمثل المقر ، فلو كان سن المقر أربعين سنة مثلاً وسن المقر له مثل ذلك أو اكثر أو أقل قليلاً كان الاقرار ظاهر الكذب فلا

يثبت به النسب . ويشترط أخيراً أن يصدق الولد المقر فى إقراره إن كان مميزاً ويحسن التعبير عن نفسه .

ويلاحظ أن الالتجاء الى وسيلة الاقرار إنما يكون عند تعذر الالتجاء الى الوسيلة الأولى فلم يكن فى الامكان تطبيق قاعدة أن الولد للفراش ، ففى هذه الحالة يفرق بين نوعين من الاقرار :

أ- إقرار ليس فيه تحميل النسب على غير المقر ، أى أنه لا يتوقف ثبوت النسب فيه على المقر على ثبوته عن غيره . وذلك هو الاقرار بالبنوة المباشرة ، كاقرار الأب للإبن بانه أبوه أو المرأة بأن الولد إبنها ، فهنا يؤدى الاقرار الى ثبوت النسب بالنسبة لمن اقر وليس لغيره .

ب- إقرار فيه تحميل النسب على الغير ، أى أنه يتوقف فيه ثبوت النسب من المقر على بنوته من غيره أولاً ، ومثاله أن يقر شخص أن فلاناً أخوه ، فهنا يحمل النسب على الغير لأنه قبل أن يكون المقر له أخاً للمقر لا بد أن يكون ابناً لوالد الأخير .

هذا الاقرار لا يثبت النسب به وحده ، بل لا بد من تصديق من حمل عليه ذلك النسب ، أو إثباته بالبيّنة ، فإذا لم يكن هناك تصديق أو بيّنة فلا يثبت النسب،ولكن يعامل المقر بإقراره ، وتلزمه وحده جميع الأحكام الخاصة بهذا الاقرار .

(٣) اما الطريقة الأخيرة لاثبات النسب فهى البيّنة أو شهادة الشهود - رجلين أو رجل وامرأتين - يقيمها المدعى على دعواه .

والقاعدة فى الشريعة الاسلامية أن ثبوت النسب بالبيّنة أقوى من ثبوته بالاقرار وبناء على ذلك لو ادعى اللقيط رجل (أى اقر بنسبه له) ثم ادعاه رجل أخر وأقام البيّنة على دعواه ، فإنه يقضى للثانى بثبوت نسبه منه .

وعلى أى حال فلقد صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ قاضيًا فى المادة السابعة منه بأن : « لا تقبل عند الانكار دعوى الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء ».

(٣) الحالة الدينية

أشرنا من قبل أن الدين فى الشرائع الحديثة لا يعد عنصراً من عناصر الحالة، حيث تتحدد الحالة فى هذه الشرائع بمركز الشخص فى الدولة (حالته السياسية) ومركزه داخل الأسرة (حالته العائلية) دون أن يتأثر مركزه هذا باعتقاداته الدينية غير أن بعض القوانين الشرقية ومنها القانون المصرى مازالت تنظر الى حالة الشخص الدينية – فى حالات استثنائية .

لقد عنى الدستور المصرى الحالى بالنص فى المادة (٤٠) على أن « المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » .

إذن المبدأ هو أنه لا أثر لاختلاف الدين فى تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين . ومع ذلك فيرد على هذا الأصل العام إستثناء معيّن فى نطاق الأحوال الشخصية وحقوق الأسرة وذلك لاتصال انظمتها بالعقيدة الدينية ، من ذلك مثلاً :

ان الأحوال الشخصية لازالت تخضع فى القانون المصرى للشريعة الاسلامية وللشرائع الطائفية المختلفة على حسب الأحوال .

معنى ذلك أن حالة المسلم فى الحقوق العائلية تختلف كثيراً عن حالة غير المسلم فى هذه الحقوق ، من ذلك مثلاً أن للمسلم الحق فى الطلاق وفى التزوج بأكثر من واحدة ، بينما يحرم كل ذلك على غير المسلم . كما أن للمسلم الحق فى التزوج بغير مسلمة ، بينما لا يجوز ذلك لغير المسلم .

كما أن المادة السادسة من قانون المورايث تقضى بأن « لا توارث بين مسلم وغير مسلم ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض » فالمسلم لا يرث غير المسلم ، وغير المسلم لا يرث المسلم ، معنى ذلك أن اختلاف الدين يعد مانعاً من الإرث .

ولكن هذه الحالات السابقة تعد حالات استثنائية لا تؤثر فى الأصل العام فى القانون المصرى وهو عدم التفرقة بين المصريين فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية على المركز القانونى للشخص .

المطلب الرابع

الأهليـة

أهلية الوجـوب وأهليـة الأداء :

تطلق الأهلية ويراد بها أحد معنيين ، فهى القابلية او هى الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام ، وهذه هى اهلية الوجوب (Capacité de jouissance) وإما أن تطلق على صلاحية الشخص للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية وهذه هى أهلية الأداء (Capacité d'exercice) .

ويلاحظ أن أهلية الوجوب باعتبارها صلاحية لاكتساب الحق وللتحمل بالالتزام ليست سوى الشخصية القانونية ، فهى تثبت لكل انسان ، فكل من تمتع بالشخصية القانونية حتى الجنين ، تكون له أهلية وجوب ، معنى ذلك أن أهلية الوجوب تدور وجوداً وعدماً مع الحياة ، فمتى بدأت الحياة والشخصية القانونية بدأت اهلية الوجوب فى الثبوت ، ومتى انتهت الحياة والشخصية القانونية زالت اهلية الوجوب .

أما اهلية الأداء فهى صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يترتب عليه أثاره القانونية . فأهلية الأداء ليست هى القابلية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام وانما هى القدرة على اكتساب هذا الحق أو تحمل ذلك الالتزام عن طريق إبرام تصرف قانونى . فأهلية الأداء تتوافر إذن للانسان بعد أن توافرت له أهلية الوجوب، وليس بلازم لكل شخص تتوافر فيه أهلية الوجوب أن تتوافر له أيضاً أهلية الأداء . فأهلية الأداء باعتبارها قدرة إرادية قد توجد وقد تنعدم ، كما قد توجد ناقصة . وهذه القدرة الارادية إذا إستعملت فإنها ترتب أثاراً قانونية فى حق من يتمتع بها وليس فى حق غيره .

فأهلية الأداء هى قدرة الشخص إذن على مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه . أو هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية فى حقه وذمته . .

ولما كانت أهلية الوجوب ترادف اصطلاح الشخصية القانونية ، فلن نعرض فى دراسة الأهلية إلا لأهلية الأداء .

نطاق أهلية الأداء :

سنرى من بعد أن مصدر الحق (أو الالتزام) هو الواقعة المنشئة له ، والوقائع القانونية إما أن تكون وقائع طبيعية أو وقائع اختيارية ، والوقائع الطبيعية تحدث بفعل الطبيعية دون تدخل لإرادة الانسان ، أما الوقائع الاختيارية فهى التى تحدث بفعل الانسان . والوقائع الأخيرة إما أن تكون اعمالاً مادية . وإما أن تكون أعمال قانونية .

اما الأعمال فهى الأعمال التى تصدر عن الانسان دون أن يقصد من ورائها إحداث الأثر القانونى الذى ترتب عليها ، وإنما يترتب هذا الأثر بحكم القانون ، سواء فى ذلك وقع هذا العمل بإرادة الانسان (كوضع اليد على مال الغير) أو وقع بدون قصد منه (كاتلاف مال الغير إهمالاً ، فإن القانون هو الذى يرتب على مثل هذا العمل اثره) .

والأعمال المادية قد تكون اعمالاً ضارة ، اى تصيب الغير بالضرر ، وقد تكون اعمالاً نافعة تحقق للغير نفعاً وإثراء .

وفى شأن الأعمال الضارة تقضى المادة (١٦٣) من التقنين المدنى بأن « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » كما تقضى المادة (١٧٩) مدنى بأن « كل شخص ، ولو غير مميّز يثر دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة » .

مفاد النصوص المتقدمة أن الأعمال المادية ، الضارة أو النافعة ، ترتب آثارها وفقاً للقانون دون أن تتوقف ترتب هذه الآثار على ارادة الشخص الصادر منه هذا العمل المادى .

أما العمل القانونى فهو ليس عملاً ماديًا ولكنه تصرف قانونى أو هو توافق ارادتين على إحداث اثر قانونى معيّن ، فالأثر القانونى الذى يترتب على التصرف القانونى هو ذلك الأثر الذى أراده الشخص . فالمؤجر فى عقد الإيجار تتجه إرادته نحو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وكذلك فإن المستأجر تتجه إرادته الى الوفاء بالأجرة فى ميعادها للمؤجر . وأيضاً فى عقد البيع تتجه إرادة البائع نحو نقل ملكية المبيع الى المشترى ،كما تتجه إرادة المشترى نحو دفع الثمن الى البائع ، وفى الوصية تتجه إرادة الموصى نحو تمليك الشىء الموصى به الى الموصى له تبرعاً وهكذا ...

فالعمل القانونى أو (التصرف القانونى) يتميّز باتجاه إرادة الشخص نحو إحداث أثر قانونى معيّن ولما كانت أهلية الأداء هى القدرة القانونية على ترتيب الآثار القانونية ، فإن هذه الأهلية لا تلزم إلا فى شأن الأعمال القانونية وحدها ولا تلزم فى غيرها من الأعمال المادية أو الوقائع الطبيعية .

ولذلك يتجه الرأى الغالب فى الفقه الى لزوم أهلية الأداء لمباشرة التصرفات القانونية فقط ، وعدم لزومها لترتيب الآثار على الأعمال المادية . ومع ذلك فيذهب البعض الى استلزام الأهلية حتى فى نطاق الأعمال المادية ، والقول بأهلية الصبى المميّز للإلتزام بالعمل غير المشروع ، استناداً الى ما تقرره المادة ١٦٤/١ مدنى من انه « يكون الشخص مسؤول عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميّز » ، أو القول بأهلية الصبى غير المميّز للإلتزام الناشيئ عن الإثراء دون سبب استناداً الى ما تقرره المادة ١٧٩ مدنى من أن « كل شخص ولو غير مميّز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص أخر « يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد » .

والواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأى ، فالعمل المادى – كما يقول أنصار هذا الرأى انفسهم – « قد يكون اختيارياً ، فقد يريده الشخص وقد يريد أثره المترتب عليه ، ولكن هذا الأثر لا يعتبر نتيجة لتلك الإرادة . إنما هو نتيجة رتبها القانون على حدوث أثر معيّن وهو ذلك العمل المادى . على أن العمل المادى قد لا يكون اختيارياً ، وقد يريد الشخص عكس النتيجة التى رتبها عليه القانون ، ولكنه فى كافة الحالات يحدث ذلك الأثر الذى قرره القانون » .

ومعنى ما تقدم أنه لا توجد علاقة بين الإرادة وبين ترتب الأثر على العمل المادى أى أن أهلية الأداء لا تلزم لترتب آثار الأعمال المادية . أما النصوص التى احتجوا بها ، فلا يفهم منها أن الالتزام التى ترتبه تلك النصوص قد تولد فى حق الصبى المميز أو غير المميز بإرادته ، وإنما ولده القانون نفسه فى حقه مباشرة . لأنه التزام ناشئ عن محض واقعة قانونية هى العمل النافع أو الفعل الضار ، ولا دخل لإرادة الأشخاص فى توليد الآثار على مثل هذه الوقائع والأعمال المادية .

التمييز بين أهلية الأداء ونظام الولاية على المال :

رأينا أن أهلية الأداء هى القدرة القانونية على مباشرة التصرفات القانونية ،

وهى صلاحية وقدرة لانتاج الآثار القانونية لحساب الشخص نفسه لا لحساب غيره من الأشخاص . ومن هنا يبدو الفارق بين أهلية الأداء ونظام الولاية على المال.

فالولاية على المال إنما تعنى نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير ، كالولى والوصى والقيّم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال القاصر والمحجور عليه والغائب . فالولى مثلاً ليس له أهلية التصرف فى مال الغير ، وإنما له ولاية التصرف فى هذا المال . معنى ذلك أن الولاية هى صلاحية بالنسبة لمال الغير أو هى سلطة شرعية تقوم على ترخيص القانون وإذنه . وتجعل الشخص صالحًا لأن يعمل عملاً لمصلحة شخص آخر ، أما الأهلية فهى صلاحية بالنسبة الى الشخص نفسه أو هى صفة ذاتية تقوم على الإرادة وتجعل الشخص صالحاً لأن يعمل عملاً لمصلحة نفسه .

التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف فيه :

نلاحظ أن من الأشياء ما يعد خارجاً عن دائرة التعامل ، كالأشياء العامة أى المملوكة للدولة والمخصصة للنفع العام . فهى أشياء لا يجوز أن تكون محلاً للتعامل ، وكذلك أيضاً الأموال الموقوفة ، فهى محبوسة عن التداول كذلك .

والفرق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف فيه ، أن الشخص عديم الأهلية ، إنما يرجع عدم أهليته الى نقص فى إدراكه وتمييزه ، أى انعدام الإرادة لديه . أما الحالات التى يخرج فيها المال عن دائرة التعامل ، فلا يرجع ذلك الى انعدام الإرادة لدى الشخص وإنما يرجع هذا الأمر الى تحقيق مصلحة عامة أو خاصة ، فلا يتعلق الأمر بالأهلية من حيث كمالها أو انعدامها .

التمييز بين عدم الأهلية وبين المنع من التصرف :

كما يجب التمييز بين انعدام أو انتفاء الأهلية وبين المنع من التصرف . فقد يحرم القانون على رجال القضاء وأعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها متى كان النظر فى النزاع القائم بشأنها يدخل فى اختصاص المحاكم التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١ و ٤٧٢ مدنى) . وقد يحرم القانون شراء الشيء على من عهد اليه بيعه وتقويمه (م ٤٧٩ و ٤٨٠ مدنى) . وقد يمنع الشخص من التصرف فى الشيء بمقتضى شرط مانع ورد فى السند القانونى الذى نقل الملكية اليه (م ٨٢٢ مدنى) . وقد يمنع القانون الشخص من أن يبيع ماله فى مرض الموت إلا فى حدود معيّنة .

فى حالات المنع السابقة نجد انها حالات لا تقوم على أساس انعدام الإرادة لدى الشخص ولا شأن لها بصلاحية الإنسان فى مباشرة التصرفات القانونية ، وإنما هى حالات قصد من المنع فيها إما تحقيق مصلحة عامة (خاصة بالحفاظ على سمعة القضاء)أو مصلحة خاصة (كمصلحة الشخص الممنوع من التصرف نفسه) أو مصلحة للورثة (كما هو الشأن فى البيع الذى يقع فى مرض الموت) . فالمنع فى الحالات المتقدمة هو وصف يلحق بالمال لا بالشخص ، أما فى حالة انعدام الأهلية فيكون الشخص غير صالح للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية لإنعدام الإدراك والتمييز لديه .

مناط أهلية الأداء :

طالما ان اهلية الأداء تعنى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيراً ينتج أثاره القانونية ، فإن مناط الأهلية يكون بالتمييز فالشخص لا يكون أهلاً لمباشرة التصرف القانونى إلا إذا توافرت لديه الارادة لتفهم هذا التصرف وما يترتب عليه من نتائج . ولذلك فمناط أهلية الأداء - كما قلنا - يكون بكمال التمييز والارادة .

وإذا كانت أهلية الوجوب تثبت لكل إنسان ، فهى ترادف الشخصية القانونية ، حيث لا يتصور وجود شخص دون أن تكون له أهلية وجوب ، فإن أهلية للأداء، وطالما كان مناطها كمال التمييز والارادة ، لا تثبت لكل الناس بطريقة متساوية . فهى تتراوح عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصان والكمال تبعاً لانعدام أو نقص أو كمال التمييز والارادة . فإذا كان الشخص فاقد التمييز تمامًا تكون أهليته معدومة ، وإذا كان غير مستكمل للتمييز ، كانت أهليته ناقصة ، أما إذا توافر لديه كمال التمييز ، فهو عندئذ كامل الأهلية .

فالمشرع - إذن - قد ربط بين الأهلية والتمييز . غير أنه قد خرج عن هذا الأصل فى حالة استثنائية واحدة ، حيث حرم المحكوم عليه بعقوبة الجناية من اهلية الأداء ، ولا يعتبر فقدان الأهلية هنا يرجع الى إنعدام التمييز ، وإنما مرجعه هو تلك العقوبة وحيث يعد الحرمان هنا ، عقوبة اضافية .

تعلق أحكام الأهلية بالنظام العام :

الأصل فى الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون اهليته أو يحد منها . فتقضى المادة ١٠٩ من التقنين المدنى بأن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » .

فأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على الحد من أهلية كاملة او التوسعة فى اهلية محددة او الاقرار بأهلية معدومة أو الحرمان من أهلية موجودة وإلا كان الاتفاق على ذلك باطلاً مطلقًا . فتقضى المادة (٤٨) مدنى بأنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها» .

القواعد المنظمة للأهلية وأحكام الولاية على المال :

يلاحظ أن القواعد القانونية المنظمة للأهلية وللولاية على المال قد وردت متفرقة فى عدة قوانين .

ففى القانون المدنى ورد العديد من القواعد الخاصة بالأهلية . ففى الباب التمهيدى الخاص بالأشخاص ، وفى القسم المخصص للشخص الطبيعى وردت عدة مواد من ٤٤ الى ٤٧ تتكلم عن متى يعتبر الشخص كامل الأهلية أو ناقصها أو معدومها . كما أورد المشرع فى الفصل الخاص بالعقد كمصدر من مصادر الالتزام بعض القواعد – من المادة ١٠٩ و ١١٩ – التى تتصل بالأهلية كشرط لصحة الرضاء فى العقد ، كما بيّن فيها حكم تصرفات ناقص الأهلية وفاقدها .

اما احكام الولاية على المال فقد وردت كلها تقريباً فى المرسوم بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، وكذلك القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

خطة البحث :

ندرس الأهلية فى فرعين :

الفرع الأول : ونخصصه لدراسة احكام اهلية الأداء .

الفرع الثانى: وندرس فيه نظام الولاية على المال .

الفرع الأول

أحكام أهلية الأداء

تمهيد وتقسيم :

قلنا ان اهلية الأداء هى قدرة الشخص فى التعبير عن نفسه تعبيراً صحيحاً ينتج آثاره القانونية فى حقه . أو هى قدرة الانسان على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مع سريان آثارها فى حقه . فإذا كان الانسان كامل اهلية الأداء عد

صالحاً لمباشرة كافة أنواع التصرفات القانونية . أما إذا لم يكن مكتمل الأهلية بأن كان ناقصها أو معدومها ، إمتنع عليه مباشرة بعض أنواع التصرفات أو كلها ، وهو إذا باشرإحداها بالمخالفة للقانون أضحى هذا باطلاً أو قابلاً للإبطال . وعلينا قبل أن نمضى فى شرح أحكام أهلية الأداء أن نوضح المقصود من بعض المصطلحات السابقة والتى سوف يتكرر ذكرها كثيراً فيا بعد .

نحدد أولاً المقصود بأنواع التصرفات القانونية . التصرف القانونى يعد عملاً قانونيًا، هذا العمل القانونى قد يتم باجتماع ارادتين (أو أكثر)وقد يتم بإرادة واحدة وهو فى كل هذه الأحوال يعد تصرفاً قانونيًا . والتصرفات القانونية تنقسم من حيث تعلقها بأهلية الأداء الى ثلاثة أنواع . النوع الأول منها ويسمى بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، وهذه التصرفات ترتب اغتناء وإثراء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، ومثالها قبول الهبة والتبرعات بصفة عامة . النوع الثانى ويطلق عليها التصرفات الضارة ضرراً محضًا اى تلك التى تحقق إفتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالايصاء والهبة الصادرة من الواهب . أما النوع الثالث فهى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهى التصرفات التى لا تحقق إغتناء محضاً أو إفتقاراً محضاً ، وإنما هى تحتمل المكسب والخسارة، ومثالها البيع والايجار وما شابه ذلك.

ونلاحظ أن العبرة فى شان تحديد نوع التصرف من حيث وقوعه فى قسم من الأقسام السابقة هو بطبيعة التصرف فى ذاته لا بنتجيته . فالبيع مثلاً حتى لو حقق للبائع كسباً كثيراً ، فهو تصرف دائر بين النفع والضرر طالما انه بطبيعته يحتمل المكسب والخسارة .

والتصرفات التى تباشر بالمخالفة لأحكام أهلية الأداء إما باطلة بطلاناً مطلقاً وإما باطلة بطلاناً نسبياً (أو بعبارة أخرى قابلة للإبطال) .

فالتصرف الباطل بطلاناً مطلقاً يعد كذلك(بالنسبة لأحكام أهلية الأداء) بسبب إنعدام الارادة والرضاء . أما التصرف الباطل بطلانًا نسبيًا فيعد كذلك بسبب كون المتعاقد ناقص الأهلية ، فالأهلية موجودة ولكن غير مكتملة .

والفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى يتلخص فى النقاط الآتية :

(١) أن التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً يستطيع كل ذى مصلحة ان يتمسك ببطلانه حتى ولو لم يكن طرفاً فى التصرف .أما التصرف القابل للإبطال (او

الباطل نسبياً) فلا يتمسك بإبطاله إلا المتصرف التى تقرر البطلان لمصلحته .

(٢) أن القاضى يستطيع أن يقضى بالبطلان من تلقاء نفسه فى التصرف الباطل مطلقاً ، حتى ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك ، ولكنه لا يستطيع أن يقضى بالإبطال من تلقاء نفسه فى التصرف القابل للإبطال ، إلا إذا طلبه صاحب المصلحة.

(٣) أن الإجازة ترد على التصرف الباطل بطلاناً نسبياً ولا ترد على التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً .

(٤) أن دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمسة عشر عاماً من يوم تمام التصرف كما لا يسقط الدفع بالبطلان المطلق مهما طال الأمد . بينما تسقط دعوى البطلان النسبى بمضى مدة يحددها القانون أقل من المدة السابقة .

بعد أن انتهينا من إيراد الايضاحات المتقدمة ، نقول أنه طالما كان مناط اهلية الأداء هو كمال الإدراك والتمييز ، فإن مقتضى ذلك هو تدرج الأهلية بتدرج التمييز والإدراك لدى الانسان تبعاً لتدرج سنه ، وقد تتأثر الأهلية حتى بعد كمال التمييز والادراك بما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه أو تحد منه أو تنقصه . فإذا اكتمل التمييز والادراك دون عارض ، عد الانسان كامل الأهلية ، ولكن قد يعوقه مانع من الموانع يؤثر فى مباشرتها .

لذلك ندرس أحكام الأهلية فى النقاط الآتية :

١- تدرج الأهلية بتدرج السن .

٢- عوارض الأهلية .

٣- موانع الأهلية .

(١) تدرج الأهلية بتدرج السن

الأطوار الثلاثة التى يمر بها الانسان من حيث الأهلية :

قلنا أن مناط الأهلية هو الإدراك والتمييز ، هذا الإدراك لا يتحقق للانسان مرة واحدة ، وإنما يبدأ الانسان حياته معدوم الإدراك والتمييز ثم يتطور الى إدراك وتمييز ناقص ثم فى النهاية يصل الى كمال الإدراك والتمييز ، ولذلك تتدرج أهلية الأداء بتدرج السن .

فمن وقت الميلاد الى بلوغ سن التمييز وهو السابعة ، يكون الانسان معدوم الأهلية . ومن وقت بلوغ سن التمييز الى بلوغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية . ومن وقت بلوغ سن الرشد حتى نهاية حياته يكون الانسان كامل الأهلية .

فنعرض الآن لانعدام الأهلية ثم لنقصها ثم لكمالها .

(أولاً) : انعدام الأهلية (الصبى غير المميّز)

تبدأ هذه المرحلة بالميلاد وتنتهى ببلوغ سن التمييز وهو سبع سنوات . فيولد الطفل وتثبت له أهلية الوجوب (أو الشخصية القانونية) ولكن لا تثبت له أهلية الأداء لانعدام الإدراك والتمييز لديه .

وقد نصت المادة ٤٥ من التقنين المدنى على هذا الحكم بقولها :

«١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن ، أو عته أو جنون.

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز » .

فالصغير دون السابعة - ويسمى بالصبى غير المميّز - لا يعد اهلاً لمباشرة أى تصرف من التصرفات القانونية حتى ولو كان هذا التصرف نافعاً نفعاً محضاً ، فكل عقوده وتصرفاته تقع باطلة بطلاناً مطلقًا ولا تصححها إجازة ، فهو لا يستطيع مثلاً أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ومن ثم لا تكون لإرادته اثر .

ولكن لا يمكن أن يترك الصغير هكذا ، وإنما يتولى عنه فى مباشرة هذه التصرفات القانونية ، من يمثله قانوناً وهو الولى أو الوصى . فتثبت الولاية على ماله لوليه ، ثم لوصيه وفقاً للتنظيم القانونى المنصوص عليه فى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن احكام الولاية على المال ، وبناء على ذلك تعد التصرفات الصادرة من الصبى غير المميّز باطلة بطلاناً مطلقاً . كما قضت بذلك المادة ١١٠ من التقنين المدنى المصرى بقولها « ليس للصغير غير المميّز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

هذه القاعدة المتقدمة قاصرة على الأعمال القانونية التى تصدر من الصبى غير المميّز ، أما الأعمال القانونية التى تصدر من الغير لصالحه فتنتج أثرها متى كان هذا الأثر غير متوقف على تدخل منه كما هو الشأن فى الاقرار .

ويلاحظ أن المشرع عندما يقضى فى المادة ٤٥ مدنى بأن يعتبر كل من لم

يبلغ السابعة فاقد التمييز ، إنما يقيم قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس . بمعنى أنه لا يجوز إثبات أن الصغير الذى لم يبلغ سبع سنوات هو صبى مميّز توصلاً لإجازة بعض أعماله . ولكن لما كان التصرف القانونى يقوم على الإرادة ، فإنه إذا إنعدمت الإرادة بطل التصرف بطلاناً مطلقًا ، ولذلك فإنه يجوز إثبات انعدام التمييز بالنسبة لشخص بلغ سن التمييز توصلاً لطلب الحكم ببطلان تصرفه .

(ثانياً) : نقص الأهلية (الصبى المميّز)

يعتبر الصبى مميّزاً من وقت بلوغه سن التمييز – السابعة – حتى بلوغه سن الرشد – إحدى وعشرون سنة ميلادية ففيما بين السابعة والحادية والعشرين يكون التمييز بين الانعدام والكمال ، فيكون الصبى المميز إذن ناقص الأهلية . وقد قضت المادة ٤٦ مدنى بأن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهًا أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقًا لما يقرره القانون » .

وناقص الأهلية أى الشخص الذى بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يستطيع مباشرة نوعاً معيناً من التصرفات القانونية ، ويمتنع عليه مباشرة أنواع أخرى منها . وهذا المنع قد يكون مطلقاً وقد يكون نسبياً ، وفى بعض الأحيان قد توجد إستثناءات على هذا المنع .

فنعرض للقاعدة العامة فى شأن تصرفات الصبى المميّز وللاستثناءات التى ترد على هذه القاعدة .

القاعدة العامة فى شأن تصرفات ناقص الأهلية

وضع المشرع حكم القاعدة العامة فى شأن تصرفات الصبى المميّز (أو ناقص الأهلية) فى المادة ١١١ مدنى حيث قضى بأنه :

« ١– إذا كان الصبى مميّزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً . وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢– أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر . ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون » .

نستطيع - بمقتضى النص السابق - أن نفرّق بين ثلاثة أنواع من التصرفات القانونية يجريها القاصر :

(١) بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً - وقد سبق لنا تحديد ماهية هذه التصرفات - فإن القاصر يعتبر بالنسبة لها كامل الأهلية شأنه فى ذلك شأن البالغ الرشيد ، فهى تقع صحيحة منه دون حاجة الى إجازة من وليه أو وصيه ، ومثالها قبول الهبة وقبول الوصية ، وقبول الاشتراط الوارد لمصلحته فى عقد التأمين بدون مقابل ، وقبول الابراء من دين فى ذمته ...

(٢) بالنسبة للتصرفات الضارة ضرراً محضًا ، فليس للقاصر - أو الصبى المميّز - أن يباشرها ، فهو فى خصوص هذا النوع من التصرفات يعد عديم الأهلية ، فتعد هذه التصرفات إذا صدرت منه باطلة بطلاناً مطلقاً ، اى لا وجود لها ولا يترتب عليها اى أثر فى الحال ولا فى المستقبل ولا يملك الصبى المميّز أن يجيزها بعد بلوغه سن الرشد ، كما لا يملك وليه أو وصيه إجازة هذا التصرف ، وللحكمة أن تقضى بهذا البطلان من تلقاء نفسها إذا عرض عليها الأمر .

ومن أمثلة هذه التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، أن يقوم الصبى المميّز بهبة مال له أو إبراء مدينه من الدين ، فإذا حدث شىء من ذلك كان تصرفه باطلاً بطلاناً مطلقاً .

ويلاحظ أن مثل هذه التصرفات السابقة لا ترد عليها الإجازة وإن سقطت دعوى البطلان بخمسة عشر عاماً .

(٣) أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والايجار مثلاً فالأصل فى شأن هذا النوع من التصرفات ، أن الصبى المميّز لا يعد عديم الأهلية بالنسبة لها ، وإنما يعد ناقص الأهلية ، وبالتالى لا يجوز له أن يباشرها ، ومع ذلك إذا باشر أياً منها ، فلا يعد التصرف الصادر منه باطلاً بطلاناً مطلقاً وإنما يعد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحته ، حيث يترتب على التصرف جميع آثاره القانونية الى أن يقضى ببطلانه بناء على طلب من له مصلحة فى هذا البطلان . وصاحب المصلحة قد يكون هذا الصبى المميّز نفسه بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه.

وبناء على ما تقدم إذا لم يتقرر بطلان تصرف القاصر بحكم قضائى - بناء على طلب القاصر أو وليه مثلاً - فإن التصرف يظل صحيحًا منتجًا لآثاره . فلا

يبطل التصرف إلا بحكم من المحكمة او بالتراضى عليه بين ذوى المصلحة . فلا يكفى لابطال العقد ان يعلن القاصر - أو وليه - بطلانه أو أن يرفض إجازته ، وإنما لا بد من حكم المحكمة الذى يقضى بالبطلان ، كمالا يبطل التصرف لمجرد رفض محكمة الأحوال الشخصية إجازته ، وإنما لا بد من رفع دعوى بطلان لهذا التصرف .

فإذا قضى ببطلان تصرف القاصر ، زال التصرف وزالت معه آثاره ليس فقط بالنسبة للمستقبل وإنما بالنسبة للماضى ايضًا ، ويترتب على ذلك أن يكون للقاصر الحق فى إسترداد ما دفعه ، ولكن بالنسبة للمتعاقد معه ، لا يستطيع أن يسترد من القاصر إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٣/ ٢ مدنى) . وبناء على ذلك إذا كان القاصر قد تسلم عيناً معيّنة بالذات فهلكت أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه فإنه لا يكون ملزماً برد شيء .

ويلاحظ أنه لا يهم لطلب إبطال التصرف أن يكون المتعاقد مع القاصر عالمًا أو غير عالم بنقص أهليته . ولكن إذا تعمد القاصر بطرق احتيالية إخفاء نقص أهليته عن المتعاقد معه ، فإنه يكون ملزماً - بعد إبطال العقد - بتعويض المتعاقد معه عن الأضرار التى أصابته من جراء هذا العمل غير المشروع . فتقضى المادة ١١٩ مدنى مصرى بأنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض ، إذ لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » .

كما لا يشترط لإبطال تصرف القاصر أن يكون قد لحقه ضرر من التصرف أو أصابه منه غبن ، فمجرد قصر المتصرف كاف لبطلان التصرف أو طلب إبطاله ولو كان مجرداً من الغبن .

وقد لا يطلب القاصر إبطال تصرفه وإنما قد يريد أن يجيز هذا التصرف ، ومثل هذه الإجازة لا تصح إلا بعد بلوغه سن الرشد ، وهذه الإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية كتصرفه بعد بلوغه هذا السن فى العين التى اشتراها وهو غير مميّز أو استئجار العين التى كان قد باعها .

وقد قضت محكمة النقض بأن « عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ،ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصراً ، فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ويزول حق

التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد » (١) . كما قضت بأن « الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطاً لحق فلايملكها من كان ناقص الأهلية .وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانوناً قد أقام قضائه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه . فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح » (٢) .

كما قضى بأنه « متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر - كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى - فإن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه فتؤول اليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذا كان موضع طلب الإبطال تصرفاً مالياً فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته » (٣) .

الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة المتقدمة :

عرضنا فيما تقدم للقاعدة العامة فى شأن أهلية الصبى المميّز ، إلا أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة فى حالات استثنائية أوردها على سبيل الحصر ، فنعرض لهذه الحالات :

(١) أهلية التصرف فى المال المخصص لأغراض النفقة :

تقضى المادة (٦١) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال بأن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح إلتزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية تعليقاً على هذا النص انه « أُريد به التوفيق بين القواعد العامة التى تقضى بقابلية تصرفات ناقص الأهلية للبطلان وبين

---

(١) نقض ١٩٦٢/٥/٣ .
(٢) نقض ١٩٥٢/٢/١ .
(٣) نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ .

الضرورات العملية التى تجعل ناقص الأهلية مسلطاً بحكم الواقع على مال يتعامل الناس فى حدوده وكلهم مطمئن الى سلامة هذا التعامل وإستجابة لأغراض جديرة بالرعاية ، ولذلك رأى المشرع أن يساير اتجاهات بعض التشريعات الأجنبية . فيقرر للقاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . وعلى هذا النحو يكون القاصر فى حدود هذا المال أهلاً للإدارة والتصرف وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة والمرجع فى تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة مع الاعتداد بظروف الأشخاص أو بيئتهم الاجتماعية» .

ونلاحظ أن المشرع لم يشترط لثبوت هذه الأهلية للقاصر بلوغه سناً معيناً ، فهذه الأهلية تثبت للقاصر بين السابعة والحادية والعشرين .

ولكن هل تشمل هذه الأهلية كافة أنواع التصرفات بما فيها التبرعات ؟ يذهب البعض الى أن المعنى الواضح لنص المادة ٦١ المشار اليها هو أن الصبى المميّز يكون كامل الأهلية بالنسبة للمال المخصص لأغراض نفقته . وأن أى تصرف يأتيه القاصر فى حدود هذا المال يكون صحيحاً حتى ولو كان تبرعاً . بينما يذهب رأى أخر الى أنه ليس للقاصر أن يتبرع من المال الذى يعطى له على سبيل النفقة ، وإن اصطلاح التصرف يستعمل فى نصوص قانون الولاية على المال بمعنى لا يشمل التبرع ، ومعنى ذلك أن الصبى المميّز أياً كانت سنه - ولو زاد على الثامنة عشرة وكان مأذوناً له فى التجارة غير أهل لأن يهب ، إذ هو لا يملك التبرع أصلاً وإن كان يملك أهلية التعاقد وأهلية التصرف فى الحدود التى رسمها القانون .

ونميل الى ترجيح الرأى الثانى وذلك على أساس أن ما يوضع تحت تصرف الصبى من مال إنما يكون مخصصاً لأغراض نفقته ، ومما يخرج على هذا الغرض أن يسمح للصبى بالتبرع بهذا المال .

(٢) *أهلية ابرام عقد العمل الفردى :*

تقضى المادة (٦٢) من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقًا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذوى الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية تعليقاً على هذا النص « أن من المعلوم أن القوانين جعلت لطوائف من القصرّ أهلية الارتباط بهذا العقد (عقد العمل الفردى) على أن

المشرع رأى أن يستحدث حكماً أخر إستقاه مـن بعض التشريعات الأجنبية فقضى فى المادة نفسـها من أن للـمحكمـة بناء عـلى طلب الوصـى أو ذوى الشـأن أن تـأمر بانهاء العـقد رعاية لمصلحة الـقاصر أو مستقبله أو لأى مصلحة أخرى ظـاهرة كما لو كان مريضاً أو كان فى إستعداده ما ينبىء بمستقبل أفضل فيما لو انصرف الى تحصيل العلم أو الاشـتغـال بفن من الفنـون ، وكما لـو كان للقـاصر مجـال فى أن يحسن أجره ومركزه إذا اشتغل بمهنة أخرى .

يتبيّن مما تقدم أن عـقد الـعمـل الفـردى الذى يـبرمه الـقاصـر أياً كـان سـنه وباعتـباره عامـلاً يعد عقـداً صـحيـحاً نافذاً وذلك إسـتثناء مـن القاعدة الـتى كان من شأنها أن تجـعل هذا العقد قابلاً لـلإبطال . على أن المشـرع – من ناحيـة أخرى – قد منح لـلمحكمـة سلطة خـطيرة فى إنهـاء مثل هـذا الـعقد ، إذا كـان فى هـذا الانهـاء ما يحقق مصلحة للقاصر على النحو الذى ورد فى المذكرة الايضاحية .

ويلاحـظ أنه قـد صـدر قانـون الطفـل رقـم ١٢ لـسنة ١٩٩٦ وقـضى فـى مـادته (٦٤) بانه « مع عدم الاخلال بنص الفقرة الثـانية من المادة (١٨) من قانون التعليم الصادر بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١ ، يحظر تشـغيل الأطفال قبل بلوغهم أربع عـشرة سـنة مـيلادية كـاملة ، كـما يـحظر تدريـبهم قبل بـلوغهـم اثنى عشـر سـنة ميلادية . ويجوز بقرار من المحافظ المختص ، بعد موافقة وزير التعليم ، الترخيص بتشـغيل الأطفال من سـن اثنى عـشرة الى أربع عشرة سـنة فى أعمال موسـمية لا تضر بصـحتهم أو نموهـم ولا تخل بمواظبتهم على الدراسة » .

وبناء على هذا الـنص لا تتوافر أهية أداء القـاصر لابرام عقد الـعمل الفردى إلا عند بلوغه للسن المقررة فى قانون الطفل .

(٣) *أهلية التصرف فى الكسب الناتج عن العمل :*

تقضـى المادة (٦٣) من قانون الـولاية على المال بأن « يـكون القاصـر الذى بلـغ سن السادسـة عشرة أهلاً لـلتصرف فيـما يكسبـه من عمله من أجـر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعـدى أثر التزام القاصر حدود المال الـذى يكسبه من مهنتـه أو صناعته ، ومع ذلك فللـمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيّد حق القاصر فى التصـرف فى المال المذكـور وعندئذ تجرى أحـكام الولاية والوصـاية » والجـوهـرى فى تقرير هـذا النوع من الأهـلية المحـدودة هو تقـدير مكانة العمل وايـثار العـاملين بمـزايا ينطـوى على معنى التشجيع والمكافاة .

ويراعى أن هذه الأهلية تثبت للقاصر البالغ السادسة عشرة بقوة القانون دون حاجة الى إذن أو تصريح طالما كان له كسب خاص نتيجة عمله . فيكون تصرفه فى هذا الكسب صحيحاً دون توقف ذلك على إجازة أحد . ويلاحظ أن المشرع رعاية منه للقاصر وتشجيعاً له على التكسب من ورائه لم يشأ أن يؤثر هذا الحكم فى مصلحة القاصر فى أمواله الأخرى ، فقرر أن التزامه لا يتعدى حدود كسبه ، الأمر الذى دفع البعض الى القول بأن للقاصر ذمة مالية خاصة تتكوّن مما يكسبه من عمله الى جانب ذمته العامة .

وبناء على ما تقدم يجوز للصبى المميّز أن يتصرف فى المال الذى يتكسبه من عمله بأى نوع من أنواع التصرفات ، حتى ولو كانت تبرعية . كما يراعى أن أهلية التصرف هذه تنطبق أيضًا على ما يحل من أموال محل المال الذى إكتسبه من عمله . فهذه الأموال شأنها فى ذلك شأن الأموال التى اكتسبها لا تخضع للولاية أو الوصاية . وإذا كان للقاصر أن يتصرف فيما يكسبه من عمله . فله أن يوكل الغير- حتى ولو كان ذلك الغير قاصراً أيضاً - فى قبض المال ، فالوكيل يستمد سلطاته من الأصيل ، وحيث ينظر فى الأهلية الى شخص الأصيل ، وقد قضى بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ولا تشترط فيه أهلية خاصة لأنه لا يعمل باسمه وإنما باسم موكله .

هذا وقد أجيز للمحكمة أن تقيّد حق القاصر فى التصرف فى ماله الذى يكسبه من عمله إذا اقتضت مصلحة القاصر تقييده ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية « لأن من الحالات ما ينكشف فيه الأمر عن قصور تجربة القاصر أو ميله الى الإسراف ، أو ضخامة ما يكسبه على نحو يغرى بالانسياق وراء التوسع فى الانفاق كما لوكان يحصل على دخل من استغلال مواهبه فى السينما أو الغناء مثلا» .

(٤) *أهلية التصرف فى المهر والنفقة :*

فى مصر ، تقضى المادة (٦٠) من قانون الولاية على المال بأنه « إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك اذنًا له فى التصرف فى المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق » .

ولما كان سن الزواج بالنسبة للزوج يجب الا تقل عن ثمانية عشرة سنة ، فإنه من الواجب الا تأذن المحكمة بالزواج للقاصر إلا بعد بلوغه هذا السن ، فمن غير المتصوّر ان تأذن المحكمة للقاصر بالزواج قبل السن المحدد .

فإذا اذنت المحكمة للقاصر فى الزواج بعد التأكد من بلوغه سن الزواج ، أصبح كامل الأهلية فى التصرف فى المهر والنفقة . فالإذن بالزواج يتضمن - طبقاً لنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال - الإذن فى أن يتصرف الزوج فى المهر باعطائه لزوجته وفى التصرف فى ماله للنفقة عليها . كما يتضمن الاذن فى أن تتصرف الزوجة فى المهر الذى تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها فى أن تشترى جهازها من هذا المهر ، وإذن فى النفقة بأن تصرفها فى شؤون معاشها .

ويقصد بالمهر الصداق الذى يدفعه الزوج لزوجته بمقتضى عقد الزواج أو هو ما أوجبه الشارع من المال أو المنفعة التى تقوم بالمال حقاً للمرأة على الرجل فى عقد الزواج الصحيح ، وهو واجب فى كل زواج على أنه حكم من أحكامه الذى يلزم ترتيبها عليه ، واكد الشارع وجوبه فى الزواج إظهار لما له من الخطر والمكانة ، ومن ثم لا يخلو الزواج من المهر ، فإن لم يذكر فى العقد مهراً كان المهر لازماً ويكون الواجب مهر المثل .

ولا يمتد اصطلاح المهر للدوطة ، وهى المال الذى تقدمه الزوجة غير المسلمة لزوجها مساهمة منها فى أعباء الحياة الزوجية .

ويقصد بالنفقة ما يؤدى من أحد الزوجين الى الآخر سواء تم ذلك بالتراضى أو بحكم من المحكمة .

ويقصد باصطلاح التصرف فى المهر والنفقة ، كل أنواع التصرفات فى هذه الأموال ، فتشمل التصرفات بجانب التصرفات المعتادة الابراء والصلح والتحكيم .

ويلاحظ اخيراً أن من حق محكمة الأحوال الشخصية عند اذنها للقاصر بالزواج ، أو عند رفع الأمر اليها بعد ذلك ، أن تقرر إضافة المهر كله أو بعضه أو النفقة كلها او بعضها الى اموال القاصر المشمولة بالوصاية إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك ، ويحدث ذلك عندما يكون مبلغ المهر كبيراً أو كانت تجاوز الحد الطبيعى ، وكان مبلغ النفقة الذى قررته المحكمة للقاصر يكفيه ، وكانت الظروف توحى بميل القاصر الى التبذير والاسراف .

(٥) أهلية الايصاء :

يلاحظ أن الوصية وإن كانت تدخل فى مفهوم التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالموصى ، إلا انه يثاب عنها فى الاخرة، فهى من الأعمال التى يتقرب بها

الموصى الى الله عز وجل ، هذا فضلاً عن أن الموصى لن يحرم بما أوصى به ، إذ لا تنفذ الوصية إلا بعد موته ، فلا خطر منها فى أثناء حياته، بل له أن يرجع عنها فى أى وقت قبل وفاته . ولذلك قضت المادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية بأن : « يشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانية عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى (محكمة الأحوال الشخصية) » .

وبناء على هذا النص تصح وصية الصبى متى بلغ الثامنة عشرة بشرط الحصول على إذن محكمة الأحوال الشخصية . فإذا صدر الإذن إعتبرت الوصية صحيحة ، فتسرى فى حق القاصر وفى حق ورثته شأنها فى ذلك شأن الوصية التى يصدرها كامل الأهلية .

أما الوصية التى تصدر من الصبى المميّز قبل بلوغه سن الثامنة عشرة أو قبل الحصول على اذن المحكمة ، فالأصل فيها أن تعد باطلة بطلاناً مطلقاً ، وذلك لأن الاستثناء قد إنتفى هنا ، وعدنا الى القاعدة العامة فى شأن الصبى المميّز ، وهذه القواعد تعتبر تبرعه باطلاً بطلاناً مطلقاً . ومع ذلك فإن مفهوم عبارة المشرع « جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى » أنه قد اعتبر الوصية باطلة بطلاناً نسبيًا وتتأكد صحتها إذا اجازتها المحكمة أو اجازها القاصر بعد بلوغه سن الرشد .

(٦) أهلية الإدارة (القاصر المأذون له من الولى أو المحكمة) :

إذا بلغ الصبى المميّز الثامنة عشرة ، فيجوز أن يؤذن له فى إدارة أمواله كلها أو بعضها إما من الولى أو من المحكمة وذلك لكى يتدرب القاصر على إدارة أمواله وذلك قبل أن يملك حق التصرف فيها ببلوغه سن الرشد .

فتقضى المادة (٥٤) من قانون الولاية على المال على أنه « للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كله أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر ، مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات » (١) .

---

(١) وقد تم الغاء الكتاب الرابع المضاف إلى قانون المرافعات والغيت تبعاً لذلك المادة ١٠٢٧ المشار إليها وحل محلها المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، وقرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات القيد والشطب فى السجل الخاص بمواد الولاية على المال .

كما تقضى المادة (٥٥) من القانون السابق بأنه « يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض » .

يستفاد من النصين السابقين انه يجوز - إذا بلغ القاصر ثمانية عشرة سنة ميلادية - أن يؤذن له فى إدارة أمواله . فإذا كان القاصر مشمولاً بالولاية صدر الإذن من الأب أو الجد ، أما إذا كان مشمولاً بالوصاية ، صدر الإذن من المحكمة . فإذا كان الإذن صادراً من الأب او الجد فيجب أن يتم بمقتضى إشهاد لدى الموثق يتم شهره فى السجل المعد لذلك . إذ رؤى ضماناً لاستقرار المعاملات أن يكون الاذن بإشهاد رسمى حتى يعلم الناس بأن القاصر قد إكتسب اهلية الإدارة فى حدود ما اذن له فيه . وقد روعى فى هذا الحكم التسوية بين من يكون من القصر فى كنف وليه ومن يكون خاضعاً للوصاية لأن حاجتهما سويًا الى التجربة ، لا يتصوّر فيها التفاوت ولا سيما أن الشريعة الاسلامية تجعل من حق الولى أن يأذن ولده المشمول بالولاية .

فإذا لم يكن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة خاضعاً لنظام الولاية ، فإنه يجوز للمحكمة بعد سماع اقوال الوصى أن تأذن له فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . والمحكمة لا تصدر الإذن إلا بعد التأكد من صلاحية القاصر لتولى الإدارة والاطمئنان الى حسن مقدرته فى القيام بها ، فإذا لم تطمئن المحكمة لصلاحية القاصر رفضت منحه الإذن ، وعندئذ لا يجوز للقاصر تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض ، وذلك حتى يتسع مجال الاختبار وتتاح للقاصر فرصة كافية للنضوج والاستزادة من الخبرة .

ويلاحظ أن الإذن الذى تصدره المحكمة أو الولى قد يتناول كل أموال القاصر ، وقد يقتصر على بعض هذه الأموال حسب تقدير المحكمة او الولى .

أما الأعمال التى يستطيع القاصر المأذون مباشرتها فهى أعمال الإدارة ، وحيث يعتبر كامل الأهلية فى خصوص هذه الأعمال بالرغم انها من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . فتقضى المادة ١١٢ من التقنين المدنى بأنه « إذا بلغ الصبى المميّز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، او تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون» .

وأعمال الإدارة تدخل فى مفهوم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وإذا كانت التفرقة تدق كثيراً بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة فنكتفى بالإشارة الى أن أعمال الإدارة ، هى تلك الأعمال التى تلزم لاستغلال المال دون المساس بأصله .

ومن أمثلة أعمال الإدارة ، الإيجار ، فيجوز للقاصر المأذون له أن يؤجر أمواله محل الإذن سواء أكانت من المنقولات أم العقارات وبالحدود التى سنراها بعد قليل.

ولكن هل يعد الاستئجار كذلك من أعمال الإدارة ؟ يلاحظ أن الاستئجار يكون أحياناً من أعمال الإدارة كمن يستأجر داراً يسكنها أو كمن يستاجر محلاً يباشر فيه مهنة أو تجارة أو صناعة ، فهو فى كل هذه الأحوال يدير شأنًا من شؤونه - وهو السكنى - أو يقوم بأعمال الإدارة المتعلقة بمهنته أو تجارته أو صناعته . وقد يكون الاستئجار من اعمال التصرف كمن يستغل ماله فى استئجار أرضاً زراعية ، إذ هو يتصرف فى المال بقصد المضاربة كمن يشترى سلعة بقصد الإتجار فيها أو كمن يشترى داراً ليفرشها وليؤجرها من الباطن وهكذا . العبرة إذن هى بظروف الاستئجار وما إذا كان القصد منه فى النهاية محض الإدارة أو الاستغلال القائم على المضاربة . ويحق للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الاستئجار التى تعد من قبيل أعمال الإدارة على النحو المتقدم .

يدخل كذلك فى أعمال الإدارة ، أعمال التصرف التى تستلزمها إدارة الأموال المأذون فى إدارتها كبيع الحاصلات ، وشراء ما يلزم الزراعة كالبذور وأدوات الزراعة، فيعد القاصر المأذون أهلاً فى مباشرة أعمال التصرف هذه .

كما يدخل فى أعمال الإدارة ، إبرام العقود التى تقتضيها إدارة الأموال ، فيستطيع القاصر المأذون إستخدام عمال يعاونونه فى هذه الإدارة ، ويكون عقد العمل الذى يبرمه صحيحاً ،كما يستطيع أن يدفع اليهم أجورهم من هذه الأموال وفى حدودها .

كما يجوز للقاصر المأذون له بالإدارة أن يتصالح فى حدود أعمال الإدارة التى يعتبر أهلاً لها .

ويرى البعض أن العارية وإن كانت من عقود التبرع إلا أنها عقد تفضل لا عقد هبة ، إذ هى لا تنقل الملكية فهى إذن ليست من عقود التصرف بل من عقود

الإدارة. وينبنى على ذلك أن الأهلية الواجب توافرها فى المعير يكفى أن تكون أهلية الإدارة ولذلك تجوز الإعارة من القاصر الذى له حق إدارة أمواله .

والمقاولة تعد أصلاً - بالنسبة لرب العمل - من أعمال التصرف ومع ذلك قد تكون المقاولة فى بعض الأحيان من أعمال الإدارة كالعقد الذى يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله ، والعقد الذى يبرمه مع نجار أو حائك لصنع ما يلزمه من اثاث أو ثياب ، فهذه العقود تعد من أعمال الإدارة ، فيجوز للقاصر المأذون إبرامها . ولكن تعد المقاولة بالنسبة للمقاول دائماً من أعمال التصرف . ولذلك يجب - فى الأصل - أن تتوافر فى المقاول أهلية التصرف ، فإذا كان قاصراً ولو مأذوناً له فى الإدارة لم يجر له أن يبرم عقد المقاولة ، وإذا أبرمه وقع العقد باطلاً نسبيًا لمصلحته.

وبالنسبة لعقد الوديعة ، فهذا العقد يعد بالنسبة للمودع من أعمال الإدارة حتى ولو كانت الوديعة بأجر ، ولذلك لا يشترط فى المودع أهلية التصرف وتكفى أهلية الإدارة ، ولذلك يصح للقاصر المأذون أن يبرم عقد الوديعة باعتباره مودعاً أما المودع لديه فيعد العقد بالنسبة له من أعمال التصرف حتى ولو كانت الوديعة بأجر، لأنه يلتزم بحفظ الشيء ورده ، وقد يجر الالتزام بالحفظ مسؤوليات ثقيلة. ولذلك يجب أن يكون أهلاً أهلية كاملة ، ولا يكفى فيه أهلية الإدارة ، وبناء على ذلك إذا قبل الصبى المأذون له فى الإدارة الوديعة فإنها تكون قابلة للإبطال .

حدود أهلية القاصر المأذون :

يلاحظ أن أهلية القاصر المأذون له فى إدارة أمواله يجب أن تكون - كما تقضى بذلك المادة ١١٢ مدنى - فى الحدود التى رسمها القانون ، فهى مقيّدة إذن بعدة قيود على النحو الآتى :

(١)رأينا أن للقاصر الحق فى تأجير أمواله - باعتبار التأجير من أعمال الإدارة- غير أننا نجد أن المادة ١/٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال تقضى بأنه « ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعيةوالمبانى لمدة تزيد على سنة ...» .

فإذا كان الإيجار وارداً على منقول فلا يخضع لأى قيد من حيث مدة الإيجار . أما إذا كان الإيجار وارداً على عقار فإنه إذا كان العقار من الأراضى الزراعية والمبانى

فإنه لا يجوز للقاصر المأذون تأجيره لمدة تزيد على سنة كما يقضى بذلك قانون الولاية على المال .

« ومؤدى اعتبار القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له فيه (المادة ٦٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) أن يكون له وحده عندما يؤذن له فى تسلم أمواله لإدارتها حق ايجارها ، فلا يجوز للولى ولا للوصى إيجارها بما لهما من ولاية أو وصاية ،وإنما يكون لهما فقط الإذن للقاصر فى الإيجار لمدة تزيد على سنة بالنسبة للأراضى الزراعيةوالمبانى على التفصيل السابق » .

(٢) كما حظرت المادة (٥٦) من قانون الولاية على المال سالفة الذكر على المأذون له بالإدارة أن يفى بالديون التى تترتب على غير أعمال الإدارة المصرح له بها ولو كانت هذه الديون ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فى حدود سلطاته .

(٣) حظرت المادة المشار اليها سابقاً على القاصر المأذون أن يتصرف فى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ولمن تلزمه نفقتهم قانوناً . والمقصود بالدخل هنا هو ريع الأموال التى يديرها وليس دخل عمله . إذ أن التصرف فى مثل هذا الدخل الأخير يجوز مطلقاً بالنسبة لمن بلغ سن السادسة عشرة من عمره وله كسب خاص من عمله .

ويراعى أخيراً ان المشرع إذ قضى بضرورة حصول المأذون له على إذن من المحكمة او من الولى أو الوصى فى شأن عمل معيّن من أعمال الإدارة ، فإن المقصود بذلك هو الترخيص له فى كل عمل بخصوصه دون الترخيص له ترخيصًا مطلقاً بالقيام بهذه الأعمال ، وإلا انتفى معنى الاشراف الذى يقصد من الاذن .

الرقابة على القاصر المأذون له بالإدارة :

قدر المشرع احتمال إساءة القاصر المأذون له بالإدارة فى إدارة أمواله ، ففرض عليه نوعاً من الرقابة تتمثل فيما يلى :

(١) رخص للولى فى حالة وجوده أن يسحب الإذن الممنوح منه للقاصر بتسلم أمواله كلها او بعضها لإدارتها أو يحد منه ، ويكون ذلك بإشهاد رسمى فى السجل المعد لذلك (المادة ٥٤ من قانون الولاية على المال).

(٣) قضى المشرع فى المادة (٥٨) من قانون الولاية على المال بأن على القاصر المأذون له أن يقدم حسابًا سنويًا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى ، وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف، ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها ، فيلاحظ أن الالزام بتقديم الحساب السنوى يعتبر وسيلة فعالة لرقابة إدارة القاصر المأذون والاشراف عليها .

(٣) قضى المشرع فى المادة (٥٩) من قانون الولاية على المال بأنه إذا قصر المأذون له فى الإدارة فى تنفيذ ما قضت المادة السابقة أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الاذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

وإذا سلبت المحكمة الإذن أو قيدته فلا يكون لذلك أثر رجعى فتظل التصرفات التى صدرت عن القاصر فى الفترة بين منح الإذن وسلبه أو تقييده صحيحة وملزمة له . وللمحكمة أن ترد الإذن أو ترفع عنه القيود التى وضعتها متى زالت الأسباب التى دعتها الى اتخاذ هذا الاجراء . ويجب تسجيل طلب سلب الإذن أو الحد منه ولا يكون قرار المحكمة بسلب الإذن فى الإدارة أو الحد منه حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل القرار لأن المقصود من التسجيل الشهر والعلانية.

أهلية الاتجار :

تقضى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه « لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً » .

وطبقاً للمادة (١١) من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فلا يكون أهلاً لمزاولة التجارة إلا من بلغ احدى وعشرين سنة ، ومع ذلك تقضى الفقرة الثالثة من المادة السابقة بأن « تكون للقاصر المأذون له فى الاتجار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التى تقتضيها تجارته » . ولما كان المصريون يعتبرون قصراً فى سن الثامنة عشرة ، فإنه طبقاً للمادة ٥٧ المشار اليها يجوز للقاصر المصرى أن يباشر التجارة متى بلغ تلك السن بشرط الحصول على إذن

المحكمة ، فلا يكفى الحصول على إذن الولى أو الوصى ، ذلك أن التجارة من الأمور الخطيرة التى يخشى معها على أموال القاصر ، ولذلك رأى المشرع أن يكون الإذن بمباشرتها من اختصاص المحكمة .

والإذن الذى تصدره المحكمة من الممكن أن يكون عاماً غير مقيّد بنوع معيّن من التجارة ، ولا بمبلغ معيّن . كما يجوز أن يكون أن مقيّداً إما بتجارة معيّنة ، أو بعمل تجارى منفرد أو بمبلغ معيّن .

وإذا حصل القاصر على هذا الإذن فإنه يعد أهلاً للقيام بالتجارة التى أذن بمباشرتها ، وله أيضًا أن يقوم بالأعمال المكملة لها. فيكون له أن يبيع ويشترى ويقرض ويقترض ويتقاضى ويتصالح ويحتكم ، ويسرى التقادم فى مواجهته ويحرم من الافادة من قواعد الغبن الموضوعة لمصلحة القاصر .

(ثالثاً) : كمال الأهلية (البالغ الرشيد)

إذا بلغ الشخص سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة فى القانون المصرى ، اكتمل لديه أهلية الأداء ويصبح أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، فيستطيع مباشرة كافة التصرفات القانونية وتنتهى الولاية أو الوصاية على أمواله. فتقضى المادة (٤٤) من التقنين المدنى المصرى بأنه « ١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢- وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » .

فبلوغ سن الحادية والعشرين يترتب عليه النتائج الآتى :

(١) يخلص من نص المادة ٤٤ السابق الاشارة اليها ، أن المشرع قد ربط بين بلوغ سن الرشد وبين إكتمال الأهلية ، غير أن المشرع قد أضاف شرطاً آخر لتحقق كمال الأهلية ببلوغ سن الرشد ، وهو أن يكون الشخص حين بلوغه هذا السن ، كان متمتعاً بقواه العقلية .

فإذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يكن متمتعاً بقواه العقلية ، فإنه إذا كان مصاباً بجنون أو عته فإن أهليته لا تكتمل حتى ولو لم يصدر حكم بذلك . فمثل هذه العوارض تذهب بإدراك الشخص وتمييزه وتجعله غير متمتع بقواه العقلية . أما إذا كان مصاباً بسفه أو غفلة فإن أهليته تكتمل ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه السن بغير ذلك . ومعنى ذلك أن الولى إذا شعر بأن الصغير غير متمتع بقواه عند

بلوغه سن الرشد ، فهو يعرض الأمر على المحكمة طالباً استمرار الولاية عليه الى ما بعد بلوغه السن ، ومتى تأكدت المحكمة من ذلك فإنها تقضى باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغ الصغير سن الرشد ، وفى هذه الحالة ، تظل الولاية قائمة الى أن يزول سبب إستمرارها بقرار من المحكمة .

(ب) كما يترتب على بلوغ سن الرشد إنتهاء الولاية أو الوصاية على المال ، وهذه النتيجة تحتاج الى زيادة فى التفصيل :

نلاحظ أن قانون الولاية على المال قد عرض لانتهاء الولاية أو الوصاية على المال فى المادتين ١٨ ، ٤٧ .

فتقضى المادة ١٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأن « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنةما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذا السن باستمرار الولاية عليه » . كما قضت المادة ١/٤٧ من القانون السابق بأن « تنتهى مهمة الوصى ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه » .

يتضح من النصوص المتقدمة أن الولاية والوصاية على المال تنتهى ببلوغ القاصر المشمول بأيهما إحدى وعشرين سنة ميلادية، ولا يلزم أن يكون القاصر قد بلغ هذا السن متمتعًا بقواه العقلية ، إلا أن يكون قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه السن المذكور فيظل خاضعاً للولاية أو الوصاية .

وإذا لم يصدر حكم باستمرار الولاية الى ما بعد الحادية والعشرين انتهت الولاية ، ولم يعد هناك سبيل لرعاية مصالح من بلغ هذا السن متى قام به سبب من أسباب عدم الأهلية ، ولو كان سابقاً على البلوغ إلا الالتجاء الى اجراءات الحجر وهذا ما حدا بالمشرع تمشياً مع المبدأ سالف الذكر الى أن ينص فى المادة (١٩) من قانون الولاية على المال بأنه « إذا انتهت الولاية على المال على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر » . وهذه الصياغة تنصرف الى الحالة التى تنتهى فيها الولاية انتهاءً طبيعياً ببلوغ القاصر سن الرشد .

ولكن نص المادة ٤٥ مدنى السابق الإشارة اليه يربط اكتمال الأهلية (لبلوغ سن الرشد) بالتمتع بالقوى العقلية ، الأمر الذى يوحى كما رأينا باستمرار الولاية أو الوصاية بغير حكم إذا بلغ الشخص سن الرشد وهو غير متمتع بقواه العقلية كجنون أو عته .

فهل يوجد تعارض بين حكم القانون المدنى وقانون الولاية على المال ؟ وإذا وجد التعارض فبأى الحكمين نأخذ ؟

يذهب رأى أول الى أننا « لو رجعنا الى قانون المحاكم الحسبية الذى ألغى بقانون الولاية على المال لوجدنا أن المادتين ١٣ و ١٤ منه تقرران انتهاء الولاية والوصاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذا السن باستمرار الولاية عليه بسبب من أسباب الحجر إلا إذا بلغها معتوهاً أو مجنوناً ، فإن الولاية تستمر عليه حتى ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة . وإذن فقانون المحاكم الحسبية كان يفرق بين الجنون والعته من ناحية ، وبين السفه والغفلة من ناحية أخرى ، الأمر الذى لم يفعله قانون الولاية على المال ، إذ أنه قرر إنتهاء الولاية والوصاية فى جميع الأحوال ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم تحكم المحكمة قبل البلوغ بإستمرارها . والواقع أنه لا يمكن إعمال ظاهر نصوص هذا القانون الأخير بصفة مطلقة وإلا لترتب على هذا الإعمال المطلق : أولا ، تعارض مع أحكام القانون المدنى ، وثانياً ، إضرار بمصلحة من يبلغ سن الرشد وبه عاهة عقلية ، إذ القانون المدنى لا يعتبره كامل الأهلية فى حين أن قانون الولاية على المال ينهى الولاية عليه ! وإذن فيصح - حتى نتحاشى هاتين النتيجتين - القول بأن قانون الولاية على المال إذ قرر إنتهاء الولاية والوصاية إنما يقصد إنتهائها حين يبلغ الشخص سن الرشد وليس به جنون أو عته وإن كان به سفه أو غفلة ، أما إن كان به جنون أو عته أو ما يعرف بالعاهة العقلية فإن الولاية على المال لا تنتهى حتى ولو لم يصدر حكم من المحكمة بإستمرارها » .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه « يخصص من عموم حكم قانون الولاية على المال دون سند مقبول ، بقصر إعماله على حالتىّ السفه والغفلة وحدهما دون حالتىّ الجنون والعته . ولا يصلح نص المادة ٤٥ مدنى لإسناد مثل هذا التخصيص ، لأن هذا النص إذا كان يشترط اكتمال القوى العقلية عند بلوغ سن الرشد ، إلا أنه لا يعرض لكيفية إستمرار الولاية عند تخلف هذا الشرط وهل يكون بحكم أو بغير حكم ، لأن الموضع الطبيعى لذلك هو التشريع الخاص بالولاية على المال . ومادام هذا التشريع فى صورته الأخيرة ، أصبح يتطلب ، بصفة عامة دون تحديد أو تخصيص ، صدور حكم قبل سن الرشد باستمرار الولاية أو الوصاية ، فمعنى هذا

أنه حيث يتخلف كذلك شرط اكتمال القوى العقلية عند بلوغ سن الرشد لجنون أو عته وتكون نتيجة ذلك فقدان اهلية الشخص فلا بد من إتباع ما تقضى به أحكام قانون الولاية على المال من لزوم صدور حكم قبل هذا البلوغ يجعل الولاية أو الوصاية مستمرة بعده على الشخص . والقول بغير ذلك معناه التمسك بأحكام قانون المحاكم الحسبية التى كانت تجعل الولاية أو الوصاية مستمرة دون حكم فى حالة الجنون أو العته ، دون إعتبار لنسخها بأحكام قانون الولاية على المال التى أصبحت تتطلب صدور حكم لاستمرار هذه الولاية أو الوصاية دون تفريق بين أسباب هذا الاستمرار » .

ويذهب رأى ثان الى أن « الشخص الذى يبلغ سن الحادية والعشرين غير مكتمل لقواه العقلية لجنون أو عته ، ودون أن تحكم المحكمة بإستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، يكون عديم الأهلية طبقاً للتقنين المدنى ، ولكن مهمة الولى أو الوصى تكون قد انتهت بقوة القانون طبقاً لقانون الولاية على المال . فلا يكون لذلك الشخص ، رغم انعدام أهليته ، من يمثله قانونًا الى أن يصدر قرار المحكمة بالحجر وبتعيين قيّم له » .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه « يفصل بين الأهلية والولاية رغم ما بينهما من إرتباط وثيق ، فصلاً يؤدى إلى خلق فراغ لا مصلحة لأحد فيه ، فضلاً عن إخلاله باستقرار المعاملات ، بالقول بأن من يبلغ الحادية والعشرين مجنوناً أو معتوهاً يكون عديم الأهلية ولكنه يظل - رغم ذلك - غير مشمول بالولاية حتى تقرر المحكمة الحجر عليه وبتعيين قيّم له » .

ويذهب رأى ثالث إلى انه « لا تعارض بين نص التقنين المدنى ونصوص قانون الولاية على المال . ذلك أن نص التقنين المدنى ، بإشتراطه لاكتمال الأهلية بلوغ الشخص سن الحادية والعشرين مكتملاً لقواه العقلية ، إنما يريد فحسب ابراز الأصل من اكتمال القوى العقلية عند بلوغ هذا السن ، دون أن يطعن فى ذلك ما قد يوجد به من أحوال نادرة تكون فيها هذه القوى مفقودة سواء عند بلوغ هذا السن أو بعد بلوغها . فإذا كان هذا الفقد بعد بلوغ ، فمعنى ذلك فقد الأهلية بعد اكتمالها ، ما يوجب الحجر على الشخص وتنصيب قيّم عليه . وأما إذا كان الفقد عند البلوغ ، فمعنى ذلك عدم اكتمال الأهلية أصلاً ووجوب استمرار الولاية أو الوصاية بعد هذا البلوغ ، ولكن من الواضح - والأصل هو اكتمال القوى العقلية

والأهلية وإنتهاء الولاية أو الوصاية ببلوغ سن الرشد - ضرورة صدور حكم بما يخالف هذا الأصل ينفى الأهلية - رغم بلوغ سن الرشد - عمن يبلغها مجنوناً أو معتوهاً ، ويمد فى الولاية أو الوصاية عليه إلى ما بعد هذا البلوغ . والقول بغير ذلك من اعتبار من يبلغ سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً فاقد الأهلية دون حكم بذلك أو إعتبار الولاية أو الوصاية مستمرة عليه دون حكم يقضى باستمرارها ، فيه مخالفة للأصل ، وإعدام للأهلية دون إقامة الدليل على تخلف شرطها الوارد فى التقنين المدنى من التمتع بالقوى العقلية ، أو مد للولاية أو الوصاية إلى ما بعد بلوغ سن الرشد دون إتباع ما يقضى به قانون الولاية من استلزام صدور حكم قبل البلوغ بهذا المد فى كل الأحوال ، وفضلاً عن ذلك ، فهذا الرأى الذى يقضى بعدم إعتبار من يبلغ سن الرشد فاقد الأهلية وعدم استمرار الولاية أو الوصاية عليه إلا بحكم يصدر - قبل هذا البلوغ - مقرراً لذلك بعد التثبت من قيام حالة الجنون أو العته ، هو المتفق مع ما يقتضيه استقرار وأمن المعاملات من الاعلام بإنعدام الأهلية واستمرار الولاية أو الوصاية خلافاً للأصل عند بلوغ سن الرشد » .

والواقع أن الرأى الأخير هو الرأى الذى يتسق صراحة مع قانون الولاية على المال ، فلقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون تعليقاً على المادة (١٨) بأن هذه المادة قد واجهت حالة إنقضاء الولاية إنقضاء طبيعياً وأنه متى بلغ الصغير إحدى وعشرين سنة رشيداً زالت عنه الولاية بحكم القانون . أما إذا انس الولى فى الصغير عارضاً من العوارض التى تحول دون كمال الأهلية عند بلوغ السن المقررة فى القانون وأنس أنه سيبلغ غير رشيد ، فله أن يطلب استمرارها إلى ما بعد بلوغه هذا السن ومتى استوثقت المحكمة من قيام العارض أو شاطرت الولى رأيه فى عدم إيناس الرشد قضت باستمرار الولاية قائمة إلى أن يزول سبب استمرارها بقرار من القضاء .

وإذا لم يصدر حكم باستمرار الولاية إلى ما بعد الحادية والعشرين انتهت الولاية ، ولم يعد هناك سبيل لرعاية مصالح من بلغ هذا السن متى قام به سبب من أسباب عدم الأهلية ، ولو كان سابقاً على البلوغ إلا الالتجاء إلى اجراءات الحجر وهذا ما حدا بالمشرع تمشياً مع المبدأ سالف الذكر إلى أن ينص فى المادة (١٩) من

قانون الولاية على المال بأنه « إذا انتهت الولاية على المال على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر » . وهذه الصياغة تنصرف إلى الحالة التى تنتهى فيها الولاية انتهاء طبيعياً ببلوغ القاصر سن الرشد .

(٢) عوارض الأهلية

أثر عوارض الأهلية على كمال الإدراك والتمييز :

إذا بلغ الصبى المميّز سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية غير محكوم باستمرار الولاية والوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ متمتعاً بأهلية أداء كاملة . هذا التمتع مستمر بطبيعة الحال حتى انتهاء شخصيته بالوفاة . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض من العوارض يذهب بإدراكه وتمييزه ، فيعتبره القانون عندئذ فى حكم عديم الأهلية ، أو قد يطرأ عليه عارض لا يذهب بإدراكه وتمييزه وإنما يؤثر فى تقديره فيخل بحسن تدبيره وبصره وحكمه على الأمور ، عندئذ يعتبره القانون فى حكم ناقص الأهلية ، مثل هذا الشخص يحجر عليه فى الحالتين وينصب له قيماً يباشر عنه كل أو بعض تصرفاته حسب ما سنراه بعد قليل .

فعوارض الأهلية نوعان ، نوع يصيب الشخص فى عقله فيذهب بإدراكه وتمييزه وهذا هو الجنون والعته ، ونوع آخر يصيب الشخص فى تقديره وتدبيره وهذا هو السفه والغفلة . وقد نصت على هذه العوارض المادة ١١٣ مدنى بقولها «المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون » .

الفرق بين عوارض الأهلية وموانع الأهلية :

تفترق عوارض الأهلية عن موانع الأهلية ، فى أن الموانع تمنع الشخص من أن تكون له أهلية أداء كاملة على الرغم من اكتمال إدراكه وتمييزه ، فالقانون يقرر لأسباب تختلف باختلاف هذه الموانع عدم تمتع الشخص بأهلية الأداء . معنى ذلك أن المانع يعرض للشخص فيحول بينه وبين التمتع بأهلية الأداء التى توافرت لديه ، أى أن مانع الأهلية لا يمس أهلية الأداء ولا يتصل بالإدراك والتمييز من حيث كماله أو نقصه . أما العوارض فهى تصيب مباشرة ادراك الشخص وتمييزه فتحول دون تمتعه بأهلية الأداء بصفة مطلقة أو تنتقص لديه هذه الأهلية .

وموانع الأهلية فى القانون المصرى هى الحكم بعقوبة جناية ، والغيبة ، والعاهة المزدوجة ، والعجز الجسمانى الشديد .

تقسيم :

رأينا أن عوارض الأهلية إما أن تعدم الإدراك والتمييز وإما أن تنقصه ولذلك ندرس أولاً الجنون والعته كعوارض تحول دون التمتع بأهلية الأداء ، ثم ندرس بعد ذلك السفه والغفلة باعتبارهما ينقصان هذا الإدراك والتمييز فيكون المصاب بهما ناقص الأهلية .

أولاً : الجنون والعته

تفرّق الشريعة الاسلامية بين المجنون والمعتوه . ومن الفقهاء من قال بأن العته نوع من الجنون ، كما ذهب البعض الى أن حكم المعتوه كحكم الصبى المميّز، ومنهم من ذهب الى أن من العته ما لا يدرك صاحبه كالصبى غير المميّز، ومنه ما يكون معه نوع من الإدراك كالصبى المميّز ، فالجنون يصاحبه اضطراب وهيجان أما العته فيلازمه الهدوء ، ولذلك يذهب بعض الفقهاء الى أن فاقد العقل أو ناقصه أو مختله سواء كان هذا الوصف ثابتاً له فى أوائل حياته ، أم كان طارئاً عليه بعد بلوغه عاقلاً ، إن كانت حالة هدوء فهو المعتوه اصطلاحاً ، وإن كانت حالة اضطراب فهو المجنون . أى أن العته هو ضعف العقل أما الجنون فهو اختلال العقل.

والجنون فى أحكام الشريعة الاسلامية ، سواء كان أصليًا أم طارئاً يزيل العقل والتمييز تماماً ، ولهذا تزول أهلية من أصيب به فيعتبر كالطفل ، وتكون كل تصرفاته من قول أو فعل لاغية لا أثر لها ، ولكن الجنون قد يكون مطبقاً أى دائماً مستمراً وقد يكون متقطعاً تتخلله فترات إفاقة ، ولذلك ما يصدر عن المجنون فى حالة الجنون المطبق لا قيمة له ، أما تصرفاته فى حالة الافاقة فتعد كتصرفات العاقل تماماً .

أما العته فهو الآخر على نوعين ، نوع يعدم الإدراك والتمييز فيعتبر المصاب به كالمجنون ، والثانى لا يفقد صاحبه هذا الإدراك والتمييز ، بل قد يكون الشخص مع قيام حالة العته لديه مميزاً ، عندئذ يعتبر فى حكم الصبى المميّز .

وفى التشريع المصرى لم يعرف المشرع الجنون والعته ، ولكنه قضى فى

المادة (٦٥) من قانون الولاية على المال بأن « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته أو السفه أو الغفلة ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقًا للأحكام المقررة فى هذا القانون » . وجاء بالمذكرة الايضاحية تعليقاً على هذا النص أن الجنون والعته يشتركان فى اثرهما بالنسبة الى العقل ، فكلاهما آفة تصيب العقل وتنتقص من كماله والمرجع فى ذلك هو خبرة المختصين فى الآفات العقلية وشواهد الحال .

ولذلك يعرف رجال القانون الجنون بأنه ذلك المرض الذى يصيب العقل فيفقده ويعدم التميز أو هو ذهاب العقل وفقده أو هو اضطراب يصيب العقل ويؤدى الى اختلال توازنه وعدم إنتظام قواه ، فيعدم لدى صاحبه الإدراك والتمييز.

أما العته فيعرفونه بأنه ذلك الخلل الذى يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم - وهو لا يعدم - فى الأصل - الإدراك والتمييز ، فقد يقتصر احياناً على الانتقاص منه ، أو هو الخلل الذى يعترى العقل بحيث يصبح معه المريض مشوش الفكر وغير قادر على تدبير أموره أو تقديرها التقدير السليم ، وعلى ذلك فالعته لا يؤدى الى زوال العقل كلية كالمجنون ، بل أن المصاب به يشبه العقلاء من ناحية والمجانين من ناحية أخرى .

وإذا كان فقهاء الشريعة الاسلامية قد فرقوا - كما رأينا منذ قليل - بين الجنون والعته ، إلا أن المشرع المصرى لم يأخذ بهذه التفرقة أمام دقة الفارق بين المجنون والمعتوه وصعوبة تبيّنه ، ولذلك سوى فى الحكم بين المجنون والمعتوه ، واعتبر كل منهم عديم الأهلية كالصبى غير المميّز ، فقضى فى المادة ١/٤٥ مدنى بأن « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون » . فلم يرد ذكر المعتوه فى عداد ناقصى الأهلية المذكورين فى المادة ٤٦ .

كما لم يفرّق المشرع بين جنون مطبق وجنون متقطع كما فعلت الشريعة الاسلامية ، « وحسناً فعل لأن ذلك ادعى للحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصى على الاثبات ويفتح الباب واسعاً لكثير من المنازعات » .

ويرجع فى تحديد مدى اصابة الشخص بالجنون أو العته الى ما يكون بادياً عليه من شواهد تقطع بإصابته بأى من هاتين الآفتين ، كما أنه يستفاد أيضًا

بخبرة المختصين فى الأمراض العقلية .

ويلاحظ أن المجنون والمعتوه قد يوجد خارج المستشفى أو المصحة وقد يوجد داخلها .

فإذا قدم طلب الحجر للجنون أو العته بالنسبة لشخص موجود خارج المستشفيات والمصحات العقلية واحتاج الأمر الى الفصل فى حالته العقلية ، عندئذ ينبغى للنيابة العامة وللمحكمة أن تندب خبيراً مختصاً (طبيب شرعى ، أو طبيب مختص من إحدى مستشفيات الأمراض العقلية) لتوقيع الكشف وبيان مدى إصابة المطلوب الحجر عليه بهذه الأمراض .

أما إذا كان المطلوب الحجر عليه موجوداً فى مستشفى أو مصحة عقلية ، فإنه يجب ، طبقًا لما تقضى به المادة ٢٠ من القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٤ الخاص بحجز المصابين بأمراض عقلية ، على مدير المستشفى أو المصحة أن يبلغ النيابة عن حجز ذلك المريض فى مدى يومين من دخوله المستشفى أو المصحة كى تتخذ الوسائل اللازمة لحفظ أمواله .

وتقضى المادة (٢٨) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأن « على الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال ابلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم .

وعلى المختصين بالسلطات الإدارية ابلاغ النيابة العامة متى ثبت لهم أثناء تأدية عملهم حالة من حالات فقد الأهلية على النحو المشار إليه بالفقرة السابقة » .

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير قيام حالة الجنون أو العته:

المجنون والمعتوه - كما رأينا - هو وصف يلحق شخص تنتابه حالة واقعية تمس صحته العقلية ولذلك يرى البعض أنه ينبغى التفرقة بين تقدير الحالة الواقعية ، وبين إعطاء هذه الحالة وصفها القانونى من جنون أو عته . فتقدير الحالة الواقعية تعد من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع ، وهى تقدر هذه الحالة الواقعية دون التقيد فى ذلك بآراء الخصوم والأطباء والخبراء ودون أن تخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض مادام استخلاصها سائغاً مقبولاً وله سند فى أوراق الدعوى .

أما اعطاء هذه الحالة الواقعية وصفها القانونى وما تكشف عنه من قيام عارض الأهلية ونوع هذا العارض ، فهو مسألة قانونية لا تتقيّد فيها المحكمة برأى الخصوم والأطباء والخبراء ، وإنما تخضع فى إعطائها هذا الوصف وفى تحديدها للعارض لرقابة محكمة النقض . فعوارض الأهلية تختلف ، فمنها ما يعدم الإرادة والإدراك ، ومنها ما ينقصه ، كما ان الأحكام القانونية تختلف بشأن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب الحجر وتلك التى تقع بعد هذا التسجيل ، ولذلك فإن تكييف الحالة الواقعية التى تستخلصها محكمة الموضوع وما إذا كان يقوم فى شأنها عارض معيّن من عوارض الأهلية وتحديد نوع هذا العارض هو من مسائل القانون وبالتالى تخضع المحكمة فى شأنها لرقابة محكمة النقض .

ويلاحظ ان محكمة النقض كثيراً ما قضت - كما سنرى الآن - بأن تقدير قيام عارض من عوارض الأهلية وإعطائه وصفه القانونى هى ما تستقل به محكمة الموضوع ، ويقول بعض الفقهاء أن هذه الأحكام إنما صدرت فى شأن طعون كان النعى فيها مخالفة محكمة الموضوع لرأى الأطباء والخبراء فى تقدير قيام الحالة الواقعية من ناحية أو فى وصف هذه الحالة من جهة أخرى . ولا شك أن محكمة الموضوع لا تلزم بالتقيد برأى الأطباء والخبراء فى الأمور المتقدمة ، وهى ما لا صلة له بما تنتهه إليه من إعطاء الوصف القانونى للحالة الواقعية التى تستخلصها محكمة الموضوع وإن كانت لا تتقيد فيه برأى الأطباء والخبراء أو الخصوم إلا أنها تخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض .

والواقع أننا لا نساير الرأى المتقدم فيما إنتهى إليه ، ونرى أن تقدير حالة الجنون أو العته أمر يستقل به قاضى الموضوع ، إذ هو مما يتعلق بفهم الواقع من الدعوى ، فلا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

أما الأحكام القضائية التى استند إليها الرأى المعارض والتى صدرت من محكمة النقض فهى صادرة فى شأن تقدير محكمة الموضوع لحالة السفه والغفلة وفرق كبير بين تقدير محكمة الموضوع لحالة الجنون والعته وتقديرها لحالة السفه والغفلة .

فالجنون والعته يختلف عن السفه والغفلة فى أن العوارض الأولى كثيراً ما تلجأ المحكمة فى إثباتها إلى اهل الخبرة من الأطباء والخبراء وبالتالى فهى تقدر الحالة على ضوء تقارير هؤلاء وقد ترى عدم التقيد بها ، وهى تنتهى من بحثها لهذه المسألة الواقعية من تقرير لوجود العارض أو لعدم وجوده ، وهى فى هذا

التقرير لا تخضع لرقابة محكمة النقض لأنها تقضى فى مسألة واقع لا فى مسألة قانونية ، أما السفه والغفلة فليس بأمراض تصيب الإدراك والتمييز وإنما هى أعراض تصيب التقدير وحسن التدبير وتستشف هذه الأعراض من سلوك وتصرفات الشخص ، وبالتالى فإن المحكمة تستخلص عارض السفه أو الغفلة من هذه التصرفات وهى إذا انتهت إلى وجود هذا العارض تخضع لرقابة محكمة النقض التى تراقبها فى سلامة إنطباق وصف السفه والغفلة على الحالة الواقعية التى استخلصتها المحكمة .

فقد قضت محكمة النقض بأن « المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحد الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمة الموضوع فى تقدير الدليل عليه . ولا شأن للطبيب فى إعطاء الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها وأن الأمر فى ذلك لمحكمة الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب ولا معقب من محكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغاً » (١) .

كما قضت بأن « الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يملك أن يقيم قضائه ببطلان العقود لعته المتصرف ، على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن ، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب ، إذ للقاضى مطلق الحرية فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء » (٢) .

وهذا وقد استقر قضاء النقض على أن محكمة الموضوع ليس ملزمة بإجابة طالب الحجر بندب طبيب الأمراض العقلية لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه متى رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها (٣) .

وفى شأن العته قضت محكمة النقض بأن « العته آفة تصيب العقل وتعيبه وتنقص من كماله ، والمرجع فى ذلك على ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال - هو خبرة المختصين فى الآفات العقلية وشواهد الحال ، إذا كان ذلك وكان ما يعنى محكمة

---

(١) نقض ١٣/٦/١٩٧٩ .
(٢) نقض ١/١/١٩٧٤ .
(٣) نقض ٢٨/٥/١٩٧٥ .

الولاية على المال وهى بسبيل بحث طلب الحجر هو التحقق من قيام عارض من عوارض الأهلية يستوجبه وفى نسبة العته إلى شخص بعينه ، تنحصر مهمتها فى تمحيص مدى تأثير هذا المرض على أهليته مما لا يمكنه معه من أن يستبين وجه المصلحة فيما يبديه من تصرفات وفى إدارته لأمواله وفى فهمه للمسائل المالية الخاصة به وهى فى هذا الشان لها مطلق الحرية فى تقدير قيام حالة العته بإعتبارها تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا تخضع فى قضائها هذا لرقابة محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائغاً » (١) .

حكم تصرفات المجنون والمعتوه :

أشرنا من قبل الى أن احكام الفقه الاسلامى تفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع ، فتجعل تصرفات المجنون حال وجود الجنون باطلة لا أثر لها ، أما تصرفاته فى حالة الإفاقة فهى تصرفات صحيحة كتصرفات العاقل سواء بسواء. كما أشرنا أيضاً الى أن أحكام هذا الفقه تفرق بين نوعين من العته ، نوع يذهب بالإدراك والتمييز ويعد صاحبه كالمجنون تماماً ، ونوع لا يذهب بهذا الإدراك والتمييز ، ويعد صاحبه كناقص الأهلية .

أما القانون المصرى فلم يأخذ بالتفرقة السابقة التى أخذ بها الفقه الاسلامى ، فلم يميّز بين الجنون المطبق والجنون المتقطع الذى تتخلله فترات إفاقة . كما انه سوى بين المجنون والمعتوه واعتبر كلاً منهما فى حكم الصبى المميّز اى عديم الإرادة فقضى فى المادة (٤٥) من التقنين المدنى بأنه « لا يكون اهلاً لمباشرة حقوقه المدنية .من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون ...» .

وطالما أن القانون قد إعتبر المجنون والمعتوه عديم الإرادة ، فإن تصرفاته يجب أن تكون باطلة ولذلك جاءت المادة ١١٤ من التقنين المدنى لتضع القاعدة العامة فى شأن تصرفات هؤلاء الأشخاص فقضت بأنه « ١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . ٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعاً وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بيّنة منها » .

---

(١) انظر نقض ١٩٧٨/١/٥ و١٩٧٥/٥/٢٨ و١٩٧٤/١/١ و١٩٧١/٤/٢٢ و١٩٧١/١/١٩ .

يتبيّن مما تقدم أن المشرع يقيم تفرقة فى شأن تصرفات المجنون والمعتوه أساسها تسجيل قرار الحجر . ومعنى ذلك أن الأصل هو الاعتداد بتسجيل قرار الحجر الصادر من المحكمة وذلك لإعلام الكافة وإمكان الاحتجاج عليهم بانعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بحيث تعد كل تصرفاته التى تقع بعد هذا التسجيل باطلة شأنها فى ذلك شأن تصرفات الصبى غير المميّز ، وذلك دون أن يملك المتعامل مع المجنون أو المعتوه أن يحتج بحسن نيته طالما كان فى إمكانه العلم بحالة الجنون والعته من تسجيل قرار الحجر .

والملاحظ أن المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تقضى بأن : « تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه واثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه ، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص .

ويقوم القيد فى السجل مقام التسجيل ، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب ، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائيًا برفض الطلب ... »

مفاد هذا النص أن المشرع لم يقتض تسجيل القرار الصادر بالحجر ، اكتفاء منه بقيد الطلب ، حيث يقوم القيد مقام التسجيل ، فبقيد طلب الحجر ما يتضمن اعلام الكافة بحالة الشخص المطلوب الحجر عليه لجنون أو عته وتحذيراً من احتمال الحجر عليه بحيث يتحمل المتعامل مع المجنون أو المعتوه بعد ذلك مخاطر توقيع الحجر .

وبالتطبيق لما تقدم نفرّق فى شأن تصرفات المجنون أو المعتوه بين تلك الواقعة قبل التسجيل أو بعده .

(١) بالنسبة لتصرفات المجنون أو المعتوه الذى تصدر منه قبل قيد طلب الحجر فى السجل المعد لذلك فإنه :

أ- إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد بمعنى أن الغالبية لم تكن تعلم بهذه الحالة ، ولم يكن المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بيّنة من هذه الحالة ، فإن تصرفات المجنون أو المعتوه تقع صحيحة . حيث يعتبر كامل

الأهلية طالما وقع التصرف قبل قيد طلب الحجر ، فلا تبطل تصرفاته وذلك على خلاف الأصل الذى يقضى بعكس ذلك لانعدام الارادة لديه ، والارادة هى قوام التصرفات القانونية ، وقد خرج المشرع على هذا الأصل ولم يشأ ان يمد حمايته على المجنون أو المعتوه فى هذه الفترة اخذاً بحسن نية المتعاقد مع هذا الشخص ، فحالة الجنون أو العته غير شائعة ، ولم يكن المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بيّنة بحالته . كما ان استقرار المعاملات يقتضى الأخذ بهذا الحكم .

ومع ذلك فيرى البعض « أن الإرادة أساس التصرف . ولا يمكن لهذا أن يقوم ، إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة . فإذا ثبت ان شخصًا معيناً كان مجنونًا أو معتوهاً حين إبرامه تصرفاً ما ، وقع هذا التصرف باطلاً بالضرورة ، ولو لم يكن قد حجر على هذا الشخص بعد ، ولو كان جنونه أو عتهه غير شائع ، ولو كان الطرف الآخر على غير بينة من حالته . لأن الجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة ، دون توقف على أى أمر آخر ، على أن البطلان هنا لا يجئ نتيجة إنعدام الأهلية ولكن نتيجة إنعدام الإرادة .

ولا يسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص المادة ٢/١٤٤ . فهذه المادة كما يدل عليها مكانها ، لا تعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس إنعدام الأهلية عنده . وقد رأينا أن البطلان فى حالتنا يؤسس على أمر آخر ، هو إنعدام الإرادة ، وهو يبنى على نص آخر ، هو نص المادة ٨٩ التى تستلزم الرضاء كركن أساسى لقيام العقد ... » .

« ويلاحظ أن الفرق كبير بين تأسيس البطلان على إنعدام الأهلية لدى المجنون أو المعتوه ، وبين تأسيسه على إنعدام الإرادة عنده . فإذا كان الجنون أو العته شائعاً وقت التعاقد ، أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من حالته ، إعتبر الشخص معدوم الأهلية وأخذ حكم المحجور عليه . ويترتب على ذلك أن طالب البطلان لا يلزم بإثبات أن قيام حالة الجنون أو العته غير شائع عند التعاقد ، ولم يكن الطرف الآخر على بينة من هذه الحالة ، اعتبر المجنون كامل الأهلية ، واستحال تقرير البطلان على أساس انعدام الأهلية . فإذا أريد تأسيس البطلان على إنعدام الإرادة ، على اعتبار أن الجنون أو العته يذهب عن الشخص إرادته ، تحتم على طالبه أن يثبت قيام الجنون أو العته فعلاً عند اجراء التصرف ، بحيث إذا عجز عن هذا الإثبات أو اثبت الطرف الآخر ان المجنون أو المعتوه كان مفيقًا فى ذات اللحظة التى أبرم فيها التصرف ، وقع التصرف صحيحًا . ولذى

المصلحة أن يثبت قيام الجنون أو العته بكل طرق الإثبات ، بما فيها شهادة الشهود. والتقدير النهائى لقاضى الموضوع » .

وفى تأييد الرأى المتقدم يقول آخرون أنه « بالنسبة للتصرفات التى قد تكون قد تمت قبل تسجيل القرار فتنازعها أكثر من اعتبار : حماية المجنون ، وإنفاذ القاعدة التى تربط التصرف بوجود الإرادة ، والعمل على استقرار المعاملات . وتوفيقاً بين كل هذه الاعتبارات تعتبر التصرفات التى تقع مع شيوع الجنون أو علم الطرف الآخر به - بصريح النص باطلة بطلاناً مطلقاً ، بشرط أن يثبت المجنون أو صاحب المصلحة توافر واحد من الأمرين : شيوع الجنون أو العلم به . أما التصرفات التى تقع فى غير هاتين الحالتين فنرى أن يفرق فى شأنها بين أمرين : إن كانت قد تمت فى فترة الإفاقة فإنها تقع صحيحة إذ لا شك أن الإرادة تعتبر موجودة فى هذه الحالة ، أما إن كانت قد تمت أثناء فترة الجنون فإنها تقع باطلة لإنعدام الإرادة بشرط إثبات المجنون ذلك ، ومن ثم تصرف عبارة نص المادة ١١٤ والتى تقرر صحة التصرف على أنها تعنى التصرف الذى يقع فى فترة الإفاقة » .

والواقع أن الرأى السابق يتضمن مخالفة صريحة لنص المشرع على عدم بطلان تصرفات المجنون أو المعتوه إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة أو كان الطرف الآخر على بينة منها « مما يفيد صحة هذه التصرفات فى حال حسن نية المتعاقد مع المجنون أو المعتوه لعدم شيوع حالته أو عدم علمه بها . والواقع أن هذا الرأى يهدر بذلك كل قيمة لما استهدف له المشرع وأفصح عنه فى هذا النص من حماية المتعاقد حسن النية ، إذ معناه أنه حيث يثبت الجنون أو العته وقت التصرف قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر يكون هذا التصرف باطلاً فى كل الأحوال ، سواء كانت حالة الجنون أو العته شائعة أو غير شائعة ، وسواء كان الطرف الآخر على بينة منها أو جهل بها ، ولو كان الأمر كذلك ، لما إحتاج المشرع إذن إلى بيان هذا الحكم إذ هو مقتضى الأصل . وإنما كانت عنايته بيان حكم التصرف فى هذه الفترة ونفى البطلان عنه إلا حيث تشيع حالة الجنون أو العته أو حيث يعلم بها الطرف الآخر ، تأكيداً لرغبته فى حماية حسن النية عند هذا الطرف ، - وخروجه فى سبيل ذلك - على مقتضى الأصل بتصحيحه التصرف فى مواجهته رغم إنعدام إرادة المجنون أو المعتوه ، فصحة هذا التصرف إذن صحة يفرضها المشرع فرضاً على خلاف الأصل حماية لحسن النية وكفالة لإستقرار المعاملات » .

وكذلك فإن المشرع عندما قضى بصحة تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر وعندما لا تكون حالة الجنون شائعة ولم يكن المتعاقد معه على بينة منها ، فإن قد استبعد فرض إنعدام الأهلية ، وهذا يستتبع بدوره استبعاد فرض إنعدام الإرادة لديه ، والقول بغير ذلك معناه أن المشرع يتناقض مع نفسه فهو يقضى فى نص بكمال أهلية المجنون فى الحالة السابقة ويسمح فى نص آخر بإبطال تصرفه على أساس إنعدام الإرادة ، فلا فرق بين إنعدام الأهلية وإنعدام الإرادة فى حقيقة الأمر .

وقد قضت محكمة النقض بأنه « نصت المادة ١١٤ من القانون المدنى الجديد حكماً جديداً لم يكن مقرراً فى القانون المدنى القديم إذا استلزمت لبطلان تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها ولم تكتف لبطلان هذه التصرفات بمجرد قيام حالة الجنون أو العته بالمتصرف وقت صدورها كما كان الحال فى القانون الملغى . فإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن التصرفين اللذين قضى ببطلانهما قد صدرا قبل تسجيل قرار الحجر عليه ، فإن الحكم إذا اقتصر فى تأسيس قضائه بذلك على مجرد ما قاله من ثبوت قيام حالة العته بالمورث وقت صدورهما منه ودون أن يثبت أن هذه الحالة كانت شائعة أو أن الطاعنة المتصرف إليها كانت على بينة منها فإنه يكون مخالفاً للقانون وقاصر التسبيب » (١) .

ب- أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بيّنة من هذه الحالة ، فإن تصرفات المجنون أو المعتوه تبطل بطلاناً مطلقاً برغم صدورها قبل قيد طلب الحجر .

ويلاحظ أن المشرع لم يستلزم لإبطال تصرف المجنون أو المعتوه الصادر قبل قيد طلب الحجر ما استلزمه فى إبطال تصرف السفيه وذى الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ ، بل اكتفى باشتراط شيوع حالة الجنون أو العته وقت التعاقد أو علم المتصرف اليه بها ، فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف .

وقضت محكمة النقض بأن « مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من

---

(١) نقض ١١/١٠/١٩٦٥ .

القانون المدنى ، أنه يكفى لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها » (١) .

كما قضت بأنه « وإن كانت المادة ١١٤ من القانون المدنى قد واجهت حالة الحجر وصدور قرار به ، وفرقت بين الفترة السابقة على صدور قرار الحجر والفترة التالية له ، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على إنعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك ، إلا أنه ليس معنى ذلك أن المجنون والمعتوه الذى لم يصدر قرار بتوقيع الحجر عليه لسبب أو لآخر تعتبر تصرفاته صحيحة ، إذ الأصل أنه يجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة ، وإلا إنهار ركن من أركان التصرف بما يمكن معه الطعن عليه ببطلانه إذا ما ثبت علم المتصرف إليه بحالة الجنون أو العته المعدم للتمييز لحظة إبرام التصرف أخذاً بأن الإرادة تعتبر ركناً من أركان التصرف القانونى » (٢) .

ويلاحظ « أن ثبوت شيوع حالة العته أو الجنون عند المحجور عليه يكفى لإبطال البيع الصادر منه طبقاً للمادة ١١٤ من القانون المدنى ويغنى عن إثبات علم المشترى لهذه الحالة لأن هذه الحالة لا تتطلب إجتماع الأمرين معًا – الشيوع والعلم وإنما تكتفى بتحقيق أحدهما » (٣) .

ويراعى « أن تقدير علم العاقد أو عدم علمه بحالة عته المتعاقد معه هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع » (٤) .

كما أن العبرة فى تحرى أهلية العاقد هو بأهليته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد (٥).

(٢) بالنسبة للتصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه بعد قيد طلب الحجر فتعد باطلة بطلاناً مطلقاً حتى ولو كانت نافعة نفعاً محضاً ، ولا يهم بعد ذلك أن

---

(١) نقض ١٩٧٧/٤/٥ و١٩٧١/١٢/٧ .

(٢) نقض ١٩٧١/١/١٩ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٥/١٨ .

(٤) نقض ١٩٦٧/٥/١٨ المشار إليه .

(٥) انظر نقض ١٩٤٧/٢/٢ و١٩٦٢/١٢/٢٦ و١٩٥٤/٢/٩ و١٩٤١/١/٢ .

تكون حالة الجنون أو العته ليست شائعة ، أو أن يكون المتعاقد على بيّنة من هذه الحالة أو كان يجهلها ، فقد أقام المشرع قرينة قانونية قاطعة بعد قيد طلب الحجر بإنعدام إرادة المجنون وعلى علم الغير بذلك . فلا يستطيع المتعاقد مع المجنون أو المعتوه الاحتجاج بحسن نيته مادام كان مستطيعاً العلم من هذا القيد بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه وانعدام أهليته .

ويراعى أن الحكم بتوقيع الحجر لا يحول دون الحكم بصحة التصرفات السابقة على صدور هذا الحكم .

وقد قضت محكمة النقض بأنه « القضاء بصحة التصرفات السابقة على الحكم الصادر بتوقيع الحجر للعته لا يعتبر إخلالاً بحجته ، إذ أن الحكم لم يقطع بقيام حالة العته لدى المورث وقت حصول التعاقد ، فضلاً عن تعلقه بحالة الإنسان وأهليته ، فيعتبر من الأحكام المنشئة التى لا تنسحب آثارها على الوقائع السابقة عليه » (١) .

كما أن صدور قرار بالحجر بعد صدور الحكم بصحة ونفاذ التصرف لا ينال من حجية هذا الحكم ، فقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان عقد البيع الصادر من المحجور عليه قد أبرم قبل صدور الحجر عليه للعته ، فإن هذا القرار لا يصلح بذاته سنداً لطلب بطلان ذلك العقد طبقاً للمادة ١١٤ من القانون المدنى وإنما يكون طلب بطلانه لعته البائع على أساس شيوع هذه الحالة وقت العقد أو علم الطرف الآخر بها . ومتى كان عته البائع مدعى بوجوده وقت العقد فلم يكن ما يحول دون إبداء طلب البطلان بسبب العته فى الدعوى المرفوعة بصحة ونفاذ العقد ، فإن لم يبد هذا الطلب وصدر الحكم نهائياً بصحة ونفاذ العقد فإن صدور قرار الحجر على البائع بعد صدور الحكم فى تلك الدعوى لا يعتبر سبباً طرا بعد هذا الحكم يحول دون التمسك بقوة الأمر المقضى به التى حازها الحكم فى شأن صحة العقد » (٢) .

تعيين قيم للمحجور عليه بعد توقيع الحجر :

تقتضى المحافظة على أموال المجنون أو المعتوه ومصالحة توقيع الحجر عليه ، ولا يتم توقيع الحجر إلا بحكم من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على

---

(١) نقض ١٩٧١/٤/٢٢ .

(٢) نقض ١٩٦٦/٩/٢١ .

المال . وعندما تقضى المحكمة بالحجر تقوم بتعيين قيمًا على المحجور عليه لإدارة أمواله . ويخضع هذا القيم للأحكام التى نص عليها قانون الولاية على المال بشأن الولاية على مال المحجور عليهم .

وعلى الأحكام السابقة نصت المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بقولها « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته ... وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون » .

رفع الحجر :

إذا قضت المحكمة بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه بعد تأكدها من إصابته بآفة من تلك الآفات العقلية ، فإن الحجر يظل قائماً . فإذا شفى المحجور عليه مما إعتراه فإنه لا يسترد أهليته ولا يرفع عنه الحجر تلقائياً ، وإنما لا بد لذلك من صدور حكم أخر من المحكمة يقضى برفع الحجر وذلك على ما قضت به المادة ٦٥ المشار اليها فى الفقرة السابقة بقولها « ولا يرفع الحجر إلا بحكم » .

ويتعيّن على المحكمة قبل أن تصدر قرارها برفع الحجر أن تتأكد من استعادة المحجور عليه لإدراكه وتميزه بشكل تام ، ولها فى سبيل هذا أن تستعين بأهل الخبرة من الأطباء والاخصائيين . فإذا رفعت الحجر استرد المحجور عليه أهليته كاملةويصبح كالبالغ الرشد فتصح تصرفاته من هذا التاريخ .

ثانياً : السفه والغفلة

رأينا أن عوارض الأهلية قد تصيب الانسان فى إدراكه وتمييزه فتعدم أهليته وهذا هو المجنون والمعتوه ، وقد تصيب هذه العوارض الانسان فى ملكاته النفسية أى فى سلامة تدبيره وحسن تقديره ، وهذا هو السفيه وذى الغفلة . فالسفه والغفلة لا يصيبان الانسان فى عقله من الناحية الطبية ولكنه يصيبه فى نفسه فيضعف بعض ملكاتها ، ويظل السفيه وذى الغفلة كامل العقل ، فالعلة ليست فى عقله .

والسفيه هو شخص كامل العقل ، وإنما تعتريه خفة فتحمله على العمل خلاف مقتضى العقل والشرع ، أو هو الذى ينفق ماله على غير مقتضى العقل والشرع ، فيعمل على تبذيره دون ضابط من عقل أو منطق . فتعد تصرفات السفيه بوجه عام خارجة عن مألوف العرف ومخالفة لمقتضى العقل والشرع بحيث تبدو متسمة بالشذوذ والانحراف فى نظر غالبية الناس .

والسفه كفكرة قانونية ، تعد من الأفكار المعيارية التى يرجع فى تحديدها الى التجارب الاجتماعية وما يتعارف عليه الناس فى حياتهم .

أما ذو الغفلة فهو شخص كامل العقل ولكنه انسان طيب القلب الى حد الغفلة، بحيث تجره طيبة قلبه الى أن يغبن فى المعاملات المالية . ويلاحظ أن علماء الشرع الاسلامى لم تتفق كلمتهم على تعريف محدد لذى الغفلة ، فذهب بعضهم الى أنه الشخص الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، وذهب أخرون الى أن الغفلة ابتداء للسفه ، والغفلة على اى حال تعد صورة من صور ضعف الملكات النفسية . وقد يستدل على الغفلة من إقبال الشخص على التصرفات دون الاهتداء الى الرابح منها ، أو قبوله فاحش الغبن فى تصرفاته بصفة عامة أو يسهل إنخداعه بأيسر سبل على وجه يهدد المال بخطر الضياع .

ويلاحظ أن السفه والغفلة وإن اشتركا فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات النفسية ، إلا أن السفيه يكون عادة مبصراً بعواقب تصرفاته غير المعقولة ولكنه يتعمدها ، أما ذو الغفلة فهو يسير فى فساده عن سلامة طوية وحسن نية .

والسفيه وذى الغفلة يحتاجان الى رقابة ، وتتمثل هذه الرقابة فى الحجر عليهما ، للمحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصلحة الدائنين .

هذا وقد صدرت من محكمة النقض المصرية العديد من الأحكام التى تحدد المقصود بالسفه والغفلة . ومن هذه الأحكام ما قضت به من أن « السفه والغفلة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه فى أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافى بين النافع والضار فيغبن فى معاملاته ويسير فى فساده عن طوية وحسن نية ، بينما الثانى كامل الإرادة ، مبصر بعواقب فساده ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير أبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الاتلاف على ارادته» .

كما قضت بأن « السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضاً صحيحًا ، وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق ومن ضوابطه انه خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل على خلاف

مقتضى العقل والشرع . وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضائه على تقريرات ليس فيها ما ينبئ عن إنفاق المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بمقتضاه ، إذ هى لا تنطوى على خفة وإساءة استعمال الحقوق بل تكشف عن خصومه يتدافعها طالب الحجر والمطلوب عليها ولم يكن طلب الحجر إلا حلقة منها فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه » (١) .

وقضت بأن « السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقيع الحجر على الطاعنة مستنداً فى ذلك إلى أن تصرفاتها تنطبق عليها المدلول القانونى والشرعى للسفه ذلك بأنها فضلاً عن إسرافها فى إنفاق كل ما استوفته من مبالغ التعويض التى قدرها المساعد القضائى لها بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه ومن مبالغ الإيراد الناتج من أكثر من ثلاثين فدانًا رغم ضآلة مطالبها إذ لا تحتاج إلا للمأكل والملبس والمسكن وهى بمفردها لم تنجب ذرية وليس من تجب عليها نفقته ثم تتمادى فى الاسراف وسوء التصرف فتنزل عن كل أطيانها الزراعية بطريق الهبة لأحد أولاد أختها مؤثرة إياه على بقية إخوته ولو تم ذلك لتجردت عن أملاكها وأصبحت لا تجد من الإيراد السنوى ما يكفى لنفقتها وتوفير حاجتها الضرورية ولم يكتف بما إستحوذ عليه من إيراداتها بمقتضى التوكيل العام الصادر له منها مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وكل ذلك يدل دلالة لا ريب فيها على أن الطاعنة قد وصلت فى سوء التقدير والتصرف فى المال إلى الحد الذى يبرر وصمها بالسفه ويسوغ بالتالى الحجر عليها ، وهذه التقديرات من الحكم إنما تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها التراحم والتضامن الاجتماعى ومما يحض عليه التشريع الإسلامى ، وبالتالى فهى لا تنطوى على خفة من جانب الطاعنة وليس فيها ما ينبئ عن انفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بها مقتضاه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه » (٢) .

وفى شأن تعريف الغفلة قضت المحكمة العليا بأن « الغفلة – وعلى ما جرى

---

(١) نقض ١٨/٥/١٩٦٦ و٢٧/٣/١٩٧٤ .

(٢) نقض ٢/٢/١٩٦٦ .

به قضاء هذه المحكمة - لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الإدارة والتقدير ، وهى على هذا الوصف وإن كان يرجع فى إثباتها أو نفيها لذات التصرفات التى تصدر من الشخص إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً دليل إثباتها لها من أقوال المحجور عليه فى التحقيقات ومن مناقشتها له ، فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الادراك وحسن التقدير أمكن الاستدلال بها على إنتفاء حالة الغفلة دون أن يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ فى مفهومها أو فى تطبيق هذا المفهوم » (١) .

هذا بالنسبة لتعريف السفه والغفلة فى قضاء محكمة النقض . ونورد فيما يلى بعض المبادئ التى استقرت عليها هذه المحكمة والتى تعين فى الكشف عن حالة السفه والغفلة .

ومن هذه المبادئ أنه يجب أن يستدل على السفه من كيفية إنفاق المال دون الوقوف على سلامة التصرف . فقد قضت المحكمة بأنه « متى كان طلب الحجر مؤسساً على عته الشخص المطلوب الحجر عليه وعلى السفه لتصرفه فى بعض أملاكه وإنفاق ثمنها على غير مقتضى العقل والشرع ، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن نفى عنه حالة العته اكتفى فى الرد على حالة السفه باستعراض تصرفه فى أمواله وتقريره أن هذا لا يعتبر موجباً لقيام السفه ، وأغفل عبء ما تمسك به طالب الحجر من انفاق ثمن ما تصرف فيه على غير مقتضى العقل والشرع ومن ثم فإن هذا الحكم يكون قد أغفل عبء دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ويكون قد شابه قصور مبطل له » (٢) .

والأصل أن يستدل على الغفلة من كيفية التصرف ، إلا أنه يجوز الاستدلال عليها من مناقشة المحكمة لذى الغفلة . فقد قضى بأنه « متى كانت المحكمة قد استخلصت من مناقشة الشخص المطلوب توقيع الحجر عليه أنه مضطرب فى أقواله وأن حالته ليست من التوازن والاستقرار بما يبعدها عن الغفلة مما مفاده أن المحكمة رأت من حالته أن كل ما به لم يكن إلا ضعفاً فى بعض الملكات الضابطة

---

(١) نقض ١٩/٤/١٩٧٨ و٢٣/١٢/١٩٥٤ .

(٢) نقض ١٠/١١/١٩٥٥ .

وهى ملكات حسن الإدارة وسلامة التقدير مما يحتمل أن يغبن فى تصرفاته بأيسر وسائل الانخداع مما يهدد أمواله بخطر الضياع وتلك هى حالة ذى الغفلة فإنها إذ قضت بتوقيع الحجر عليه لا تكون قد خالفت القانون - ولا يؤثر على ذلك، المصدر الذى استمدت منه المحكمة الدليل على الغفلة ، وذلك أنه وإن كانت التصرفات التى تصدر من الشخص هى فى الأصل الذى يستمد منه الدليل على الغفلة إلا أنه لا مانع من أن يستمد هذا الدليل من مناقشة المطلوب الحجر عليه أمام المحكمة بغض النظر عن تصرفاته » (١) .

كما أن الأصل أن تصرف الشخص فى كل أو بعض ماله بعوض أو بغير عوض لا يعنى بذاته قيام السفه أو الغفلة .

« فالسفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . وتصرف الانسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى العقل والشرع بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال فى مفسده بل أن نية حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به ، إذ أن الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج من ماله حال حياته كلاً أو بعضًا لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليه » (٢) .

ويلاحظ أن التصرفات الصادرة عن مجرد إهمال أو سهو فى التعامل مما يقع فيه الرجل العادى لا تعد من مظاهر الاضطراب أو دليلاً على الانقياد وعدم الإدراك . فقد قضت محكمة النقض بأنه « قد يستدل على الغفلة بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح منها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قضى بتوقيع الحجر على الطاعن للغفلة مستنداً فى ذلك إلى قيامه بالتوقيع بختمه على إيصالين باستلام أجرة عين يملكها دون أن يكون قد حل موعد استحقاقها ، وإنما كانت هذه التصرفات التى تضمنتها تقريرات الحكم . ليس

---

(١) نقض ١٩٥٤/١٢/٢٣ .

(٢) نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ و١٩٥٥/٤/٧ و١٩٥٩/١/٢٩ و١٩٦٨/١١/١٤ .

فيها أى مظهر للاضطراب أو دليل على الانقياد وعدم الإدراك وأن الطاعن ينخدع فى تصرفاته بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد ماله بالضياع ، وهى لا تعدو أن تكون صادرة عن مجرد إهمال أو سهو فى التعامل مما يقع فيه الرجل العادى . ولما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه » (١) .

إن الحجر فى ذاته حد من الحدود ، ولذلك من المقرر وجوب درئه بالشبهات . فالهدف من الحجر الحفاظ على أموال المحجور عليه وليس معاقبته ، وبناء عليه فإن إثارة طالب الحجر لتعلات تنطوى على إنكار مبرر للتصرفات الصادرة من المطلوب الحجر عليه استباق لافتراضات محتملة قد تحدث مستقبلاً وقد لا تصادف محلاً . فقد قضت محكمة النقض بأنه « من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحجر فى ذاته هو حد من الحدود يجب أن يدرأ بالشبهات ولا يستهدف معاقبة المحجور عليه بل يرمى إلى الحفاظ على أمواله - ولما كانت شبهة العقل راجحة غالبة فى تصرفات المطلوب الحجر عليهن وتساندها التحقيقات التى أجريت فى هذا الشأن - وكان كل ما أثاره الطاعن - طالب الحجر - من تعلات تنطوى على إنكار مبرر هذه التصرفات هى استباق لافتراضات محتملة قد تحدث مستقبلاً وقد لا تصادف محلاً ولا تتسع دعوى لمثل هذه المجادلة ، ومن ثم فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون يكون على غير أساس ولا يعدو أن يكون جدلاً موضوعيًا ينأى عن رقابة محكمة النقض » (٢) .

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير حالة السفه والغفلة :

استقر قضاء محكمة النقض لدينا على أن تقدير حالة السفه والغفلة يعد من الأمور الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع والتى تنأى عن رقابة محكمة النقض .

فقد قضت بأنه « لما كان الحجر فى ذاته حداً من الحدود يجب أن يدرأ بالشبهات وكان الحكم قد استخلص لأسباب مؤدية أن تصرفات المطلوب الحجر عليه للسفه فى مجموعها مبررة ولا خروج فيها على مألوف العرف ولا مخالفة

---

(١) نقض ١٩٧٢/١٠/٢٥ .
(٢) نقض ١٩٧٥/٢/١٢ .

فيها لمقتضى العقل والشرع ، فإن ذلك تقدير موضوعى ينأى عن رقابة محكمة النقض ... » (١) وبأنه « متى كان ما خلص إليه الحكم تقدير موضوعى استخلصه من وقائع لها أصلها الثابت بالأوراق وكان استنباطه سائغاً ومؤدياً لما انتهى إليه وهو بهذه المثابة ينأى عن رقابة محكمة النقض، وكان لا محل للمجادلة فى تعليل التصرفات وتبريرها أو مناقشة جزئياتها وتفاصيلها مهما اختلفت الأنظار إليها ، لأن دعوى الحجر ليست – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – دعوى تتسع لمثل هذه المجادلة فإن النعى يكون على غير أساس » (٢) .

الحجر على السفيه وذو الغفلة :

إختلف الرأى بين فقهاء الشريعة الغراء فى جواز الحجر على السفيه وذى الغفلة ، فيرى الإمام أبو حنيفة عدم الحجر لأن فى الحجر إهدار لآدمية السفيه بغية المحافظة على ماله ، وأدميته خير من ماله ولا يضيع الأعلى للمحافظة على الأدنى . بيما يرى الصاحبان أبو يوسف ومحمد الحجر على السفيه وذى الغفلة لمصلحته وإعانة له ومحافظة على ثروته – وذلك هو أيضاً مذهب الأئمة مالك والشافعى وابن حنبل . هذا وتحقق السفه والغفلة كاف عند محمد فى إعتبار الشخص المصاب بأيهما محجوراً عليه دون قضاء بذلك ، فإذا زال العارض زال الحجر عليه ، وذهب أبو يوسف الى انه لا يعد محجوراً عليه إلا بعد وقت توقيع الحجر عليه من القاضى ولا يرفع الحجر عنه إلا إذا رفعه القاضى بعد أن يثبت لديه زوال السفه والغفلة .

وفى القانون الوضعى المصرى ، تقضى المادة ٤٦ من التقنين المدنى بأن « كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » . فالمشرع لم يعتبر السفيه وذى الغفلة عديم الإرادة ، لأن هذه العوارض لا تذهب بالإدراك والتمييز ، إنما اعتبرهم ناقصى الأهلية شأنهم فى ذلك شأن الصبى المميّز . « ولما كان السفه والغفلة عارضين طارئين خلافاً للأصل بعد بلوغ الشخص سن الرشد واكتمال اهليته ، فإن اثرهما فى الإنتقاص من الأهلية بعد

---

(١) نقض ١٩٥٦/١/١٦ .

(٢) نقض ١٩٧٥/٥/١٤ و١٩٧٤/٤/٢٧ .

كمالها - كأثر الجنون والعته فى إعدام الأهلية - لا يجب أن يتأتى إلا عن طريق المحكمة وبحكم تصدره بتوقيع الحجر على السفيه أو ذى الغفلة وتنصيب قيم عليه ، بحيث لا يعود الى سابق كمال أهليته من بعد إلا بحكم كذلك يرفع الحجر عنه » . وهذا ما قضت به المادة ١١٣ مدنى بنصها على وجوب الحجر على السفيه وذى الغفلة وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون . ولقد اكدت المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ذلك بالنص على أن« يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيمًا لإدارة أمواله وفقًا للأحكام المقررة فى هذا القانون » .

ولا شك فى ضرورة إعلام الكافة أو تمكنهم من العلم بما يصيب أهلية السفيه وذى الغفلة من تغيير يعيدها ناقصة بعد أن كانت كاملة ، لذلك لابد من تسجيل قرار الحجر ، لأهمية هذا التسجيل فى الحكم على تصرفات السفيه وذى الغفلة التى تقع بعد هذا التسجيل أو التى صدرت قبله . وفى هذا الصدد وطبقاً للفقرة الثانية من المادة (٣٢) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فإن قيد طلب الحجر فى السجل المعد لذلك يقوم مقام التسجيل ، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب ، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائياً برفض الطلب .

حكم القانون فى شأن تصرفات السفيه وذى الغفلة :

ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال بشأن تصرفات المحجور عليه بأنه « يرجع فى الحكم على تصرفات المحجور عليه من حيث الصحة والبطلان الى قواعد القانون المدنى ، يستوى فى هذا ما يصدر من هذه التصرفات قبل توقيع الحجر وما يصدر منها بعد ذلك » .

وبالرجوع الى القانون المدنى نجد أن نص المادة ١١٥ تقضى بأنه « ١- إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميّز من أحكام ، ٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للابطال إلا إذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ » .

ويمقتضى النص السابق (ونص المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة

٢٠٠٠) نفرق بين التصرفات التى يجريها ذو الغفلة والسفيه بعد قيد طلب الحجر ، وبين تلك التى صدرت منه قبل ذلك .

أولاً : حكم التصرفات اللاحقة على قيد طلب الحجر :

رأينا – منذ قليل – أن المشرع قد اعتبر المحجور عليه لسفه أو غفلة فى حكم الصبى المميّز ، ولذلك تأخذ تصرفات السفيه وذى الغفلة التى يباشرها بعد قيد طلب الحجر ذات حكم تصرفات الصبى المميّز ، أى أن تكون هذه التصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت من التصرفات الضارة به ضرراً محضاً ، وصحيحة إذا كانت نافعة نفعًا محضًا، وقابلةللإبطال إن كانت دائرة بين النفع والضرر ، وتلك هى القاعدة فى شأن تصرفات السفيه وذى الغفلة اللاحقة على قيد طلب الحجر ، غير أن المشرع قد أورد استثنائين على هذه القاعدة.

(أ) الاستثناء الأول :

قضت المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١لسنة ١٩٤٦ بأنه إذا كان الموصى محجوراً عليه لسفه أو لغفلة جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى (محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال). فالوصية وإن كانت تعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، إلا أن المشرع قد أجاز صدورها من السفيه بشرط الحصول على إذن المحكمة وذلك إستناداً الى الأصل العام الذى كان لا يجيز هذه الوصية باعتبارها تصرفًا صادراً من السفيه بعد الحجر . ولقد اكدت المادة ١/١١٦ مدنى هذا الاستثناء بقولها « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

يتبيّن مما تقدم أن هذا الاستثناء يختلف عن الاستثناء المماثل الذى رأيناه بالنسبة للصبى المميّز ، فقد رأينا أن للأخير أن يوصى فقط متى بلغ سن الثامنة عشرة وبشرط إذن المحكمة . أما السفيه وذى الغفلة فله الحق فى الايصاء والوقف كذلك ، أى أن الأهلية المقررة للسفيه وذى الغفلة أوسع الى حد ما من أهلية القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة حيث لا يجوز للأخير الايصاء إلا إذا بلغ الثامنة عشرة وبشرط الحصول على إذن المحكمة .

وفى شأن وصية السفيه وذو الغفلة يلاحظ :

١– أن المشرع قد اشترط إذن المحكمة لصحة هذه الوصية ، وفى هذا الصدد يرى البعض أن هذا الشرط مع وانه مخالفًا لرأى الفقهاء فإن تقييد صحة وصية

السفيه أو ذى الغفلة بذلك لا يتفق وطبيعة الوصية من ناحيتين : الأولى أن الوصية فى كثير من الحالات تكون ليتدارك ما فات الموصى القيام به من واجبات دينية وتكاليف شرعية مثل اداء الزكاة التى وجبت فى ماله وأنه مادام السفيه وذى الغفلة مكلفين بجميع التكاليف الشرعية كالرشيد فليس من المستساغ عقلاً ولا شرعاً إلا يمكنا من القيام بأداء الواجبات الدينية وتدارك ما فاتهما من ذلك إلا بإذن من المحكمة ، الثانية : أن الوصية فى حالات أخرى تكون فى أخر عهد الموصى بالدنيا وأول عهده بالآخرة أى فى وقت لا يتسع للاستئذان بالوصية من المحكمة المختصة .

ب- أنه وعلى أى حال إذا كان استئذان المحكمة يعد شرطاً جوهرياً لصحة الوصية ، فيترتب على ذلك أن الوصية التى يقوم بها المحجور عليه لسفه أو غفلة بعد إذن المحكمة تعد صحيحة ، فتسرى فى حقه وفى حق ورثته شأنها فى ذلك شأن وصية كامل الأهلية . اما الوصية التى يجريها قبل الحصول على إذن من المحكمة أو التى يجريها بدون هذا الاذن فتقع باطلة بطلاناً نسبيًا لمصلحته ومصلحة ورثته من بعده ، ولكن يرتفع البطلان إذا اجازت المحكمة الوصية أو أجازها السفيه أو ذى الغفلة بعد رفع الحجر أو قام الورثة بتنفيذها .

جـ- ويلاحظ أن المشرع فى قانون الوصية قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية باشتراطه كمال الرشد والأهلية لصحة الوصية ابتداء ، إلا انه قد وافقهم فى أنه لا يشترط بقاء الرشد والأهلية لتبقى الوصية صحيحة ، فإذا ما انشأ الشخص وهو مكتمل الأهلية وصية ثم عرض له بعد ذلك سفه أو غفلة مما يوجب الحجر عليه ، فإن هذه الوصية تظل صحيحة ما لم يرجع عنها الموصى قبل وفاته ، وقد قضت بذلك المادة ١٦ من قانون الوصية قبولها « لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة » .

أما فى شأن وقف السفيه وذو الغفلة فيلاحظ أن المشرع بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ قد الغى نظام الوقف على غير الخيرات ، وبناء على ذلك لا يجوز للمحكمة أن تأذن للمحجور عليه لسفه أو غفلة بانشاء الوقف الأهلى ، كما لايجوز لها أن تأذنه فى إنشاء الوقف الخيرى ، فعلة التصريح للسفيه أو ذى الغفلة بالوقف هى أن يقف على نفسه أولاً ثم على من يريد بعد مماته ، وإذن فهو لا يملك أن يقف على غيره إبتداء حتى ولو كان الموقوف عليه جهة بر ، ولما كان الوقف على النفس يعتبر وقفاً أهلياً ، وهو قد الغى ، فإنه لا يجوز للسفيه أو ذى الغفلة ان يقف

لا وقفاً اهلياً لأنه أُلغى ولا وقفاً خيرياً لأن ذلك غير ممكن ، وبناء على ذلك لا يوجد فرق بين السفيه وذى الغفلة وبين القاصر ، فكل منهم لا يستطيع إلا أن يوصى فقط .

ويذهب آخرون إلى أن تطلب وجوب بدء السفيه أو ذى الغفلة بالوقف على نفسه ليس له أساس فى النص ولا فى المذكرة الايضاحية، ومن ثم فهو يستطيع ان يقف ابتداء على جهة بر ، والوقف الخيرى لا يزال مشروعاً ، وإذن يظل هناك فرق بين الصبى المميز والسفيه وذى الغفل فالأول لا يملك أن يقف فى حين أن كلاً من الثانى والثالث يستطيع ان يقف وقفاً خيرياً .

والواقع أن الرأى الأول هو الأكثر اتساقاً مع المنطق وحيث يمتاز هذا الرأى « بإبقاء القاعدة بأن السفيه وذى الغفلة يأخذان حكم الصبى المميز وبالتالى لا يستطيع القيام بأى تصرف ضاراً ضرراً محضاً عدا الوصية كحكم خاص مستمد من طبيعتها ، كما أنه يمكن أن يدافع عنه بأن المشرع قد سمح للسفيه وذى الغفلة أن يقف حين كان الوقف الأهلى قائمًا فأمكن أن يقف كل منهما على نفسه أولاً وفى ذلك ضمان لأمواله . أما وقد الغى الوقف الأهلى بقانون لا حق على القانون المدنى فيكون نص المادة ١/١١٦ من التقنين المدنى الخاص بالوقف غير ممكن التطبيق ولم يكن فى وسع المشرع أن يلغى جواز أن يقف السفيه أو ذى الغفلة فى قانون الغاء الوقف لأن ذلك تفصيل لا يتعرض له هذا القانون » .

(ب) الاستثناء الثانى :

تقضى المادة (٦٧) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال بأنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون » .

ويلاحظ أن الإذن للسفيه أو ذى الغفلة المحجورعليه بتسلم أمواله لإدارتها لا تملكه إلا المحكمة وذلك طبقاً لنص المادة ٦٧ السالف الإشارة اليها بينما يملك الإذن للقاصر البالغ ثمانى عشرسنة بتسلم أمواله لإدارتها الولى أو المحكمة بعد سماع أقوال الوصى .

كما يلاحظ أن المادة (١١٦) من القانون المدنى تقضى فى فقرتها الثانية بأن «تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه والمأذون له بتسلم أمواله ،

صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . فهذه الفقرة تتحدث عن صحة أعمال إدارة للسفيه المحجور عليه والمأذون له بتسلم أمواله لإدارتها ، ولكنها لم تتكلم عن ذى الغفلة ، فى حين أن نص المادة (٦٧) من قانون الولاية على المال قد أشارت الى المحجور عليه للسفه أو الغفلة ، وتفسيراً لهذا التناقض يذهب الكثيرون الى أن المشرع فى النص الأول لم يشأ أن يفرّق بين السفيه وذى الغفلة وإنما هو لم يذكر ذا الغفلة إلا من قبيل السهو ، وإما لأنه يسوى بين الاثنين دائمًا ، فالحديث عن احدهما يشملهما معاً . كما يرى آخرون أن السبب فى أن المادة ٢/١١٦ مدنى قد اقتصرت على السفيه رغم أن المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال الحالى ومن قبلها المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية تتناولان السفيه وذا الغفلة ، أن مشروع التقنين المدنى سبق مشروع المحاكم الحسبية الى مجلس الشيوخ فلم يتمكن هذا المجلس من التنسيق بين القانونين فى هذه المسألة ولذا وجبت إعمال نصوص كل منهما .

على أى حال فإن الأحوال التى يجوز فيها للمحجور عليه لسفه أو غفلة أن يباشر تصرفات معيّنة إنما تقتصر على ما سبق ايراده فقط ، أما بقية الحالات التى صرح فيها المشرع للقاصر أن يباشر تصرفات معيّنة فلا تنطبق على السفيه أو ذى الغفلة لأنه يعتبر ناقص الأهلية بالنسبة لها ولا يعتبر كامل الأهلية إلا بناء على نص صريح وهو متخلف هنا .

ومع ذلك فيرى البعض أنه يمكن « عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية اداء كاملة فى الحدود المعترف بها للصبى المميّز ، إلا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبى مع حالة السفه والغفلة ولذلك يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصرف - كالصبى المميّز عموماً - فيما يخصص له من مال لأغراض نفقته وفى ابرام عقد العمل الفردى ، وأهلية التصرف - كالصبى البالغ السادسة عشرة - فيما يكسبه من عمله من اجر أو غيره ، غير أنه لا يجوز تسوية السفيه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإذن له من المحكمة بمباشرة التجارة ، ولتنافى حالة السفه والغفلة تنافياً تامًا مع ما تقتضيه التجارة من إستقامة وإعتدال التدبير وحسن النظر الى الأمور » .

ثانيًا : حكم التصرفات السابقة على قيد طلب الحجر :

رأينا أن التقـيـيد فـى أهلية السـفيه وذى الغـفلـة لا يكون إلا بـعد قـيد طـلب الحجر ، فـتنتقص الأهلية بعد أن كانت كاملـة . ويترتب على ذلك ضرورة الـقضاء بصـحة تصرفـات السـفيه وذى الغـفلة الصادرة مـنه قبل هـذا القيد لـتوافر الأهلـية الكاملة بالـنسبة لها ، ومع ذلك فـتقضى المادة ١١٥/٢ من القانـون المدنى على أنه « اما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للابطال ، إلا إذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ » .

والاستغـلال هـو أن يعلـم المتعـاقد مع السفيه أو ذى الغفلة بقيـام هـذا العارض من عوارض الأهلية فيستغله ويبرم معه تصـرفًا لا تتعادل فيه التزامات هذا المتعاقد مع ما يحصل عليه من فوائد حيث تتـجاوز هذه الفوائد أو المغانم مقدار ما التزم به قبل السـفيه أو ذى الغـفلة . وبناء على ذلك لا يكـفى لإبطال هذا التصـرف أن يعلم المـتصـرف اليه بـقـيـام حـالة الـسـفـه أو الغـفـلة ، وإنمـا لا بد أن يـثـبت قـيـام حـالـة الاستـغلال. وقيـام هـذه الـحالة لا يكـفى فيه إبرام تـصرف مع السـفيه أو ذى الـغـفلة بقصد الاستغلال وإنما لا بد من حصول المتصرف اليه على فوائد أو مغانم تتجاوز الحد المعقـول ، وذلك حتى يتحقق مـعنى الاستغلال الذى أشـارت اليه المادة ١١٥/٢ مدنى.

وقـد قضـت مـحكمـة النـقض بأن « الـتـصـرف الـصـادر مـن ذى الـغـفلـة أو من السـفيه قبل صدور قرار الـحجر لا يكون وفقًا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القـانون المدنى الملـغى وقننه المشـرع فى المادة ١١٥ من القـانـون القـائم – باطلاً أو قابلاً للابطال – إلا إذا كان نتيجة اسـتغلال أو تواطؤ . ويقصد بالاسـتغلال أن يغتنم الغير فرصـة سفه شـخص أو غفلته فيستصدر منه تصـرفات يستغله بها ويثرى من أمـواله . والتواطأ يكون عندمـا يتوقع السفيه أو ذى الغفلة الحجر عليه فيعمـد إلى الـتصـرف فى أمـواله إلى من يـتواطأ مـعه علـى ذلك بقصـد تفـويت آثار الحجر المرتقب . ومن ثم فلا يكفى لإبطال الـتصـرف أن يعلـم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفـه أو غفلة بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلـم قيام الاستغلال او التواطؤ بالمعنى السابق بيانه .

كما انه لا يكفى لتحقق هذا الاستغلال توفر قصد الاسـتغلال لدى المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة بل يجب كذلك أن يثبت ان هـذا المتعاقد قد استغل ذى الغفلة أو السفيه فعـلاً وحصل من وراء العقد على فوائد أو ميزات تجـاوز الحد المعقول حتى

يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون » (١) .

كما قضت بأن « المقصود من الاستغلال فى حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى – أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله ، فإذا أثبت الحكم المطعون فيه فى حدود سلطة المحكمة الموضوعية أن الطاعنين قد استغلا سفه المطلوب عليه الحجر وشدة حاجته إلى المال فإستصدرا منه التصرف المحكوم ببطلانه بمقابل يقل كثيراً عما تساويه الأرض المبيعة وذلك إرضاء لشهوة الإغتناء لديهما فإن الحكم بذلك يكون قد أثبت أن التصرف الصادر إلى الطاعنين كان نتيجة إستغلال وبالتالى يكون هذا التصرف باطلاً وقد صدر قبل تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر » (٢) .

كما قضت بأن « تقدير ما إذا كانت الفائدة التى حصل عليها السفيه أو ذى الغفلة من التصرف الذى أصدره قبل تسجيل قرار الحجر تتعادل مع التزاماته أو لا تتعادل ، هو مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص انعدام هذا التعادل فى التصرف الصادر إلى الطاعن من أن الثمن الذى اشترى به لا يتناسب البتة مع القيمة الحقيقية للعين المبيعة ، وكان هذا الاستخلاص من الحكم مستمداً من وقائع تؤدى إليه فإنه لا معقب عليه فى ذلك » (٣) .

أما التواطؤ فإنه يكون عندما يتوقع السفيه أو ذى الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر عليه .

فقد قضت محكمة النقض بأن « لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر متى تبينت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والاجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على إيقاع هذا التصرف له ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ به من القرائن التى اقنعتها

---

(١) نقض ١٩٦٤/٥/٢١ و١٩٦٥/٦/٢٤ و١٩٦٩/١/٢٨ و١٩٧٠/٥/٢٨ و١٩٧٠/٤/٢٠ .
(٢) نقض ١٩٦٨/١١/١٤ .
(٣) نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ .

بحصول هذا التواطأ » (١) .

وقضت بأن « الحكم بإبطال تصرف السفيه قبل الحجر عليه على أساس الاحتيال على القانون لا يقوم إلا إذا تبين أن المتصرف له تعامل مع السفيه وهو عالم بسفهه متواطأ معه لتفويت آثار حجر مرتقب » (٢) .

كما قضت محكمة النقض فى بأنه « متى كان الحكم إذا أبطل عقد البيع الصادر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر قد أقام قضائه على أن المشترى كان يعلم عند التعاقد بما إتخذ من إجراءات لتوقيع الحجر على البائع ومع ذلك فقد تواطأ معه غشاً بغية الحصول على العين المبيعة بثمن بخس فإن هذا الذى قرره الحكم ما يفيد توافر عنصر الاحتيال على القانون بما يبطل العقد ... » (٣) .

وقضى بأن « تصرف المحجور عليه للغفلة الصادر منه قبل الحجر ولكن فى وقت قيام سببه يكون باطلاً إذا ثبت من ظروف التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم حالة المتصرف المستوجبة للحجر ، وأنه بالرغم من علمه بها قد أقدم على قبول تصرفه بالهبة » (٤) .

ويلاحظ أن المشرع فى المادة ١١٥ من القانون المدنى يشترط لابطال التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، ومفاد ذلك انه لا يشترط اجتماع الأمرين معاً ، بل يكفى توافر أيهما (٥).

ويراعى أن لمحكمة الموضوع سلطة استخلاص قيام الاستغلال أو التواطؤ ، بلا معقب عليها من محكمة النقض طالما كان هذا الاستخلاص سائغاً ومقبولاً .

فقد قضى بأن « قرارات الحجر للسفه لا تسرى إلا من وقت صدورها ولا تنعطف على التصرفات السابقة إلا إذا كانت قد حصلت بطريق التواطؤ والغش ، فإذا تعاقد شخص بعقد عرفى على البيع فلما علمت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسبى توقيع الحجر عليه وارسلت إلى المشترى انذاراً حذرته فيه من

---

(١) نقض ١٩٣٢/١٢/٨ .

(٢) نقض ١٩٥٠/٥/١١ .

(٣) نقض ١٩٥١/١/٢٥ .

(٤) نقض ١٩٣٦/١٠/٢٢ و١٩٥٧/٤/١١ .

(٥) نقض ١٩٦٨/١١/١٤ و١٩٦٩/١/٢٨ و١٩٧١/٤/٢٠ .

إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع فلم يعبأ وأتم الشراء بعقد رسمى وقرر المجلس الحسبى بعد ذلك توقيع الحجر ثم حكمت المحكمة بصحة العقد وأوردت فى حكمها ظروف التعاقد وملابساته على الوجه المتقدم وإستخلصت منها إستخلاصاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وغش فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه ... » (١) .

نخلص مما تقدم أنه طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٥ مدنى يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة إذا تم قبل قيد طلب الحجر كحكم تصرفه الصادر بعد قيد طلب الحجر وذلك إذا كان التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ ، وبناء على ما تقدم يكون التصرف باطلاً إذا كان من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وقابلاً للإبطال إذا كان التصرف من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

نفقة المحجور عليه :

تقضى المادة ٦٦ من قانون الولاية على المال بأن « النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه مقدمة على ما عداها » . ومعنى ذلك أن المشرع قد أعطى أولوية للنفقات اللازمة للمحجور عليه بالنسبة لما عداها من نفقات .

رفع الحجر :

رأينا أن الحجر لا يتقرر إلا بحكم من القضاء ، وما ذلك إلا لأنه ينشىء حالة قانونية جديدة تنشأ على خلاف الأصل ، ولذلك فإن رفع الحجر لا يكون إلا بحكم من القضاء كذلك . فالمحجور عليه لا يمكنه استرداد أهليته الكاملة إلا إذا صدر حكم آخر يرفع الحجر عنه .

تعلق أحكام الحجر بالنظام العام :

يلاحظ أن القواعد المتعلقة بالحجر تعد من القواعد المتصلة بالنظام العام (انظر المواد ٤٨ ، ٥٥١ مدنى) ولذلك يبطل كل اتفاق بشأنها يخالف أحكام القانون.

وبناء على ما تقدم يجوز للمحكمة أن تقضى برفض توقيع الحجر حتى ولو وافق على ذلك المحجور عليه نفسه ، كما أن لها أن ترفع الحجر طالما زالت مبرراته حتى ولو لم يطلب المحجور عليه ذلك ، أو يكون قد عارض فى هذا الرفع .

---

(١) نقض ١٩٤٢/١١/٦ و١٩٥٠/١/٥ و١٩٦٤/٥/٢١ و١٩٦٥/٦/٢٤ .

وقد قضى بأن « مجرد تقديم طلب لتوقيع الحجر على شخص لا ينهض دليلاً كافياً للدلالة على صحة ما يدعيه طالب الحجر سواء أصر الطالب على طلب الحجر أو عدل عنه إذ أن من الدعاوى والاجراءات القانونية ما يقصد منه مجرد الكيد والنكاية » .

ونظراً لتعلق قواعد الحجر بالنظام العام ، فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانوناً .

(٣) موانع الأهلية

تعريف وتعداد :

قد يحدث أن يبلغ الشخص سن الرشد فتكتمل اهليته بكمال إدراكه وتمييزه ودون اى عارض من عوارض الأهلية يعترضها ، ومع ذلك فقد تطرأ ظروف معيّنة تقوم فتمنع هذا الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه او أن يستقل بمباشرتها بمفرده . هنا يتدخل القانون فيقيم له نائبًا يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات ، أو يعينه على القيام بها .

ومعنى ما تقدم أن مانع الأهلية هو امر يطرأ يحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده ، وهذا المانع وإن اثر فى اهلية الأداء إلا انه لا ينفى تمتع الشخص بالأهلية الكاملة ، فعلة المنع لا ترجع الى نقص فى الأهلية وانما ترجع الى أسباب وموانع طارئة .

وموانع الأهلية قد ترجع الى اسباب مادية كأن يكون الشخص غائبًا ، وقد ترجع الى اسباب طبيعية كأن نكون بصدد شخص مصاباً بعجز جثمانى شديد أو مصاباً بعاهتين من ثلاث الصمم والبكم والعمى ، وقد ترجع الى أسباب قانونية كأن يحكم على الشخص بعقوبة جنائية .

فموانع الأهلية أربعة :

أ- الحكم بعقوبة جناية .

ب- اجتماع عاهتين .

جـ - الاصابة بعجز جثمانى شديد .

د- الغيبة .

(أ) الحكم بعقوبة جناية :

تقضى الفقرة الرابعة من المادة ٢٥ من قانون العقوبات بأنه « كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويعيّن قيماً لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعيّنه عيّنته المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته فى غرفة مشورتها بناء على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم القيّم الذى تنصبه بتقديم كفالة ، ويكون القيّم الذى تقره أو تنصبه تابعاً لها فى جميع ما يتعلق بقوامته – ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف فى أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة – وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغى فى ذاته ، وترد أموال المحكوم عليه اليه بعد إنقضاء مدة عقوبته أو الافراج عنه ، ويقدم له حساباً عن إدارته » .

يستفاد من النص المتقدم أن حرمان المحكوم عليه بعقوبة جناية من إدارة أمواله يعد عقوبة تبعية تلحق المحكوم عليه بقوة القانون تبعًا لتوقيع العقوبة الأصلية عليه دون أن يحتاج الأمر الى النص عليها فى الحكم .

ويشترط لتحقق هذا الحرمان أن تكون العقوبة الأصلية هى عقوبة الجناية نظراً لخطورتها دون عقوبة الجنحة أو المخالفة ، وعقوبة الجناية هى السجن والأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة والإعدام .

كما يشترط كذلك أن يكون الحكم الصادر بعقوبة الجناية صادراً من المحاكم العادية دون غيرها من المحاكم .

هذا الحرمان لا يكون مؤبداً ، وإنما هو موقوت بالمدة التى يظل فيها معتقلاً تنفيذاً للعقوبة المقضى بها عليه . ومعنى هذا أن الحرمان له فترة زمنية معيّنة لا يتعداها ، فهو يبدأ مع الاعتقال ، لا قبله ، وينتهى معه ، لا بعد الافراج . أما المحكوم عليه بعقوبة الاعدام فيبدأ الحرمان منذ الاعتقال وينتهى بتنفيذ الحكم .

ويلاحظ أن القانون يقضى بتعيين قيم يتولى إدارة أموال المحكوم عليه . والأصل أن يختاره المحكوم عليه ، فإذا تم هذا الاختيار عرض الأمر على المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها محل إقامة المحكوم عليه لتقره ، فإذا لم يتول ذلك ، تولت عنه المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته هذا التعيين ، وهى تعيّنه بناء على طلب النيابة العامة أو كل ذى مصلحة . وللمحكمة أن تلزم هذا القيم بتقديم كفالة

تضمن الالتزامات التى تنشأ فى ذمته نتيجة إدارته أموال المحكوم عليه .

كما يلاحظ انه لا شأن لمحكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال فى تنصيب القيم على المحكوم عليه بعقوبة جناية أو إقرار إختياره ، كما لا شأن لها بمراقبة تصرفات المحكوم عليه طوال مدة إعتقاله ، وانما يتبع القيم المحكمة المدنية المشار اليها فى كل ما يتعلق بأداء مهمته .

أما فيما يتعلق بأثر هذا الحرمان على أهلية المحكوم عليه بعقوبة جناية ، فهو يعتبر عديم الأهلية فيما يختص بأعمال الإدارة ،وحيث يثبت هذا الاختصاص للقيم عليه ، أما سلطة التصرف فى أمواله ، فتبقى له شخصيًا ولكن بشرط الحصول على إذن المحكمة المدنية المختصة .

والجزاء الذى يقرره القانون على مخالفة أحكام هذا الحرمان هو البطلان المطلق لكل عمل قانونى خالف هذه الأحكام ، فيعد باطلاً كل عمل من أعمال الإدارة باشره المحكوم عليه اثناء فترة الحرمان ، وكل عمل من أعمال التصرف صدر عنه دون إذن المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته .

والواقع ان العلة فى الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة جناية لا ترجع الى خلل فى عقله أو سوء فى تدبيره ، وانما هو رغبة من المشرع فى التشديد على المحكوم عليه باضافة مثل هذه العقوبة التبعية الى عقوبته الأصلية . ولذلك تقرر هذا الحجر القانونى الذى يراعى – بجانب كونه عقوبة تبعية – حقيقة الواقع ، فالمحكوم عليه عاجز فعلاً أثناء فترة إعتقاله عن إدارة أمواله ، والحجر من هذه الناحية يراعى مصلحة المحكوم عليه لأنه يضع إدارة أمواله فى يد شخص قادر على ذلك ، غير أن الشارع بالاضافة الى ما تقدم قد إستهدف بهذا الحرمان ضمان تنفيذ العقوبة على الوجه المطابق للقانون ، وذلك بالحيلولة من المحكوم عليه وبين أن يستغل أمواله فى الهرب أو تحسين وضعه فى السجن .

(ب) اجتماع عاهتين :

قد يكون الشخص صحيح العقل سليم التدبير ، إلا أنه يعتوره عاهة تصيبه فى جسمه فيتعذر التعبير عن إرادته تعبيراً سليماً ، أو يخشى الا يتبيّن ظروف التصرف المقدم عليه ، فيقع فى غلط أو يسهل التدليس عليه ، ولذلك ورعاية لمصلحة هذا الشخص يقرر القانون انه بالامكان أن يعيّن له مساعداً قضائياً يعاونه فى إجراء التصرف .

فتقضي المادة ١١٧ من القانون المدني بأنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك ، التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعيّن له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلاً للابطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيًا بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » .

وتقتضي الفقرة الأولى من المادة ٧٠ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال بأنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى ابكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك ، التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعيّن له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ » .

قد يبدو مما تقدم أن هناك اختلافاً بين نص القانون المدني وقانون الولاية على المال فيما يتعلق بالتصرفات التي يتولاها المساعد القضائي ، وهذا ما قال به البعض ، حيث يرى هذا البعض « أن مقارنة النص أنف الذكر تكشف عن أن القانون المدني قد أطلق الحالات التي يجوز فيها تعيين المساعد القضائي لذي العاهتين ، وجعل ذلك منوطاً بالتصرفات التي تقتضي مصلحة الأخير وجود المساعد لمعاونته ، أما قانون الولاية على المال فإنه حدد للمساعد القضائي وظيفته تحديداً لا يختلف باختلاف الحالات ، إذ وفقاً لما جاء بنص الفقرة الأولى من المادة ٧٠ سالفة البيان ، فإن المساعد القضائي يعاون من تقررت مساعدته في مباشرة تصرفات محددة تحديداً عاماً لجميع المساعدين » .

والواقع أنه بالرجوع للمادة ٣٩ من قانون الولاية على المال يتبيّن انها تشمل سبعة عشر نوعاً من أنواع التصرفات ، فهي من الكثرة بحيث تشمل ما يمكن تصوره من تصرفات مؤثرة ، بحيث يغدو الفارق بين صياغة القانون المدني وقانون الولاية على المال ضئيلاً ، وهذا الفارق يتثمل في أن صياغة قانون الولاية على المال تتضمن معنى الالزام في نوعية التصرفات محل المساعدة .

ويجب لتقرير المساعدة القضائية أن يتوافر شرطان :

أولاً : أن يكون الشخص مصاباً بعاهتين على الأقل من عاهات الصمم والبكم والعمى ، بأن يكون أصم ابكم أو أعمى أصم أو أعمى ابكم ، فاجتماع عاهتين من شأنه أن يضعف قدرة الشخص على التصرف والحكم على الأمور .

ثانيًا : ويشترط ثانيًا للحكم بالمساعدة القضائية أن يكون من شأن العاهة المزدوجة أن يتعذر على الشخص أن يعبّر عن إرادته - وعلى ذلك إذا تخلف هذا الشرط بأن كنا بصدد شخص إجتمعت له عاهتين ولكنه تلقى تعليماً خاصاً بحيث يمكنه التعبير عن إرادته بطريقة ما ، فإنه عندئذ لا يجوز أن تفرض عليه المساعدة القضائية ، ولذلك كان أمر تعيين المساعد القضائى جوازياً ؛ ذلك أن تلافى الضرر الذى يحتمل حدوثه للشخص المطلوب تعيين مساعد قضائى له يمكن أن يتم عن طريق القواعد العامة فى القانون ، ولأن تقدير احتمال الضرر المالى للشخص ذو العاهتين مبنى على تقدير المحكمة ، فلها حسب تقديرها ان تحكم بما تراه ، سواء بتعيين مساعد قضائى له أو برفض طلب التعيين ».

فإذا ما توافر هذين الشرطين حكمت المحكمة بتعيين مساعداً قضائياً لذى العاهة المزدوجة ، يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . ويجب على المحكمة أن تحدد التصرفات التى يتقرر لها المساعدة القضائية ، فهناك من التصرفات ما لا يستدعى ذلك . وعلى هذا يجوز الا تمتد المساعدة القضائية إلا لبعض التصرفات ، ويجوز من ناحية أخرى أن تمتد الى كل أنواع التصرفات القانونية .

ويجب تسجيل القرار الصادر بالمساعدة القضائية ليكون الغير على بيّنة من امره ، ويتم ذلك عن طريق القيد فى السجل المعد لذلك بنيابة الأحوال الشخصية إعمالاً لحكم المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .

فإذا تقررت المساعدة القضائية بالنسبة لتصرف معيّن ، فلا يجوز أن يستقل باجراء هذا التصرف الشخص الذى تقررت مساعدته ، وهو إن فعل ذلك ، كان تصرفه قابلاً للابطال . ويملك المساعد القضائى إما إجازة التصرف أو المطالبة بابطاله كما يجوز ذلك ممن تقررت المساعدة القضائية له وذلك بعد زوال المساعدة القضائية وإنقضاء مانع الأهلية .

ويراعى انه بالنسبة لابطال التصرف ، فإنه يجب أن يكون هذا التصرف صادراً بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة القضائية ، ويبدو أن المادة ١١٧ مدنى تقصر اثر هذا الحكم للغير لا بالنسبة لمن تقررت له المساعدة ، وبناء على ذلك فإن الحكم بتقرير المساعدة لا يجوز الاحتجاج به على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الحكم (أى قيده فى السجل المعد لذلك) .

وبناء على ما تقدم إذا كان المتعاقد مع ذو العاهتين سىء النية ، أى يعلم وقت

التعاقد أن من تعاقد معه شخص تعيّن له مساعد قضائى ، فإن العقد ينعقد عندئذ قابلاً للابطال ولو كان صادراً قبل قيد الحكم بتقرير المساعدة القضائية .

ويلاحظ من ناحية اخرى - انه لا يجوز للمساعد القضائى أن يستقل هو الآخر بمباشرة التصرف القانونى ، بل يجب عليه أن يشرك معه من تقررت المساعدة له . فإذا إستقل المساعد باجراء التصرف ، كان هذا التصرف غير نافذ فى حق من تقررت المساعدة القضائية له .

وإذا حدث وإمتنع المساعد القضائى عن إبرام التصرف بلا مبرر ، كان لمن تقررت المساعدة له أن يرفع الأمر الى المحكمة التى لها فى هذه الحالة أن ترخص له بالاستقلال فى إجراء التصرف ، أو تقوم بتعيين مساعد آخر له يساهم معه فى إبرام التصرف .

اما إذا كان الامتناع من الشخص الذى تقررت المساعدة القضائية له ،فإذا كان من شأن هذا الامتناع تعريض أمواله للخطر ، كان للمساعد القضائى أن يرفع الأمر الى المحكمة ، التى لها أن تأمر بعد إجراء التحقيق اللازم ، بانفراد المساعد بابرام التصرف ، ويعد المساعد القضائى عندئذ نائباً عن من تقررت المساعدة القضائية له .

ويلاحظ أخيراً أن المساعدة القضائية تبقى قائمة الى أن يصدر قرار من المحكمة برفعها .

(جـ) الاصابة بعجز جسمانى شديد :

تقضى الفقرة الثانية من المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال بأنه « ويجوز لها - اى للمحكمة - ذلك ايضاً - اى تعيين مساعد قضائى - إذا كان يخشى من إنفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جثمانى شديد » .

من الملاحظ أن القانون المدنى لا يتضمن حكماً مماثلاً لما ورد فى قانون الولاية على المال ، فهو حكم مستحدث راعى المشرع فى تقريره أنه بجانب الاصابة بعاهتين ، قد يصاب الشخص بعجز جسمانى شديد لا يرقى الى مرتبة العاهة ، ومع ذلك يمنعه هذا العجز عن التصرف الصحيح كالشخص السليم ، وذلك كالشلل النصفى والضعف الشديد وضعف السمع والبصر ضعفاً شديداً لا يبلغ مبلغ الصمم أو العمى . ولذلك قرر القانون حاجة هذا الشخص الى طلب المساعدة القضائية ،وحيث يوجد مساعد يعاونه على إدراك الأمور على حقيقتها .

ويشترط لجواز تقرير المساعدة القضائية فى الحالات المتقدمة ما يلى :

أولاً : أن يكون الشخص مصاباً بعجز جثمانى شديد - كما فى الأمثلة السابقة - وتقدير هذا العجز تعد مسألة خاضعة لتقدير قاضى الموضوع ، وله أن يستعين عند اللزوم بأهل الخبرة ، فإذا كان العجز يسيراً فلا يحكم بالمساعدة القضائية .

ثانيًا : أن يخشى على أموال المصاب بهذا العجز عند إنفراده بالتصرف القانونى .

فإذا ما توافرت الشروط المتقدمة حكمت المحكمة بتعيين مساعد قضائى ، ينطبق عليه ذات الأحكام التى عرضنا لها عند الكلام عن المساعدة القضائية لذى العاهتين .

(د) *الغيبة :*

الغائب هو شخص كامل الأهلية ولكنه لا يستطيع نظراً لغيابه أن يتولى شؤونه بنفسه .

والغائب طبقاً للمادة ٧٤ من قانون الولاية على المال هو واحد من ثلاثة :

١- إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته .

٢- إذا لم يكن له محل اقامة ولا موطن معلوم .

٣- إذا كان له محل اقامة أو موطن معلوم خارج مصر ، وإستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها .

هذا الشخص الغائب قد يكون موكلاً غيره فى إدارة شؤونه أو لم يكن كذلك.

« فإذا ترك الغائب وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره » (مادة ٧٥ من قانون الولاية على المال) .

أما إذا لم يكن قد ترك وكيلاً عامًا ، فإن المحكمة « تقيم عن الغائب كامل الأهلية وكيلاً متى كانت قد إنقضت مدة سنة أو اكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه » (م ٧٤ من القانون) .

ويرى البعض أنه « يجب أن تتوافر فى الوكيل الذى تقيمه المحكمة الشروط التى تتوافر فى الوصى ، ولا يغيّر من ذلك كون المادة ٧٤ لا تشترط بالنسبة له سوى أن يكون كامل الأهلية ، وإلا لما كانت هناك علة فى الا تتثبت المحكمة فيمن يتركه الغائب متى كان كامل الأهلية ولكنه لم يستوفِ سائر شروط الوصى » .

والواقع أن نص المادة ٧٤ يجرى كالآتى : « تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية ...» مما يستفاد منه أن شرط كمال الأهلية إنما ينصرف للغائب وليس الى الوكيل . هذا بالاضافة الى ما تقدم فإن المذكرة الايضاحية على هذا النص تقول : « ان النص واضح فى أن تنصيب الوكيل على الغائب لا يلجأ اليه إلا بالنسبة الى من يكون كامل الأهلية ... » ومعنى ما تقدم أن المادة ٧٤ لم تتعرض للشروط الواجب توافرها فى الوكيل عن الغائب . وإنما تعرضت لذلك المادة ٧٨ من القانون والتى نصت بأن تسرى على الوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصّر ، كما يسرى على الوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء .

ويلاحظ أن الغيبة ما هى إلا مانع مؤقت ينتهى بانتهاء سببه وذلك كحضور المفقود أو العلم بموطن الغائب أو محل إقامته أو زوال الظروف التى كانت تحول بينه وبين تولى شؤونه أو الاشراف عليها إن كان مقيماً بالخارج ، أو بموت الغائب موتاً حقيقياً او حكماً ـ أى بإعتباره مفقوداً) وقد قضت على هذه الأحكام المادة ٧٦ بقولها « تنتهى الغيبة بزوال سببها أو موت الغائب او بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً » .

« ويجب أن يكون مفهوماً أن إنتهاء الغيبة فى هذه الصور لا يستلزم صدور قرار من المحكمة بذلك ، لأنه حسبما قدمنا فإن الغائب شخص كامل الأهلية ولكنه لا يستطيع بسبب غيابه المادى أن يباشر شؤونه بنفسه ، بل انه يتمتع بشخصية قانونية فى الفترة التى يكون فيها غائباً ، فمتى ظهر او علم موطنه أو محل اقامته أو زالت الظروف التى كانت تحول دون توليه شؤونه لم يعد ثمة محل لاستمرار الوكيل عنه فى مباشرة مهمة الوكالة عنه ، وعندئذ تقرر المحكمة بانتهاء مهمة الوكيل عن الغائب » .

الفرع الثانى

نظام الولاية على المال

تمهيـد :

من الثابت أنه فى العصور القديمة ، كان سلطان رب الأسرة يمتد الى شخص إبنه والى أمواله . فكان كل ما يستحقه الابن الأكبر من تركة أو هبة أو وصية أو كسب عمل يعد ملكاً لرب الأسرة . فالابن فى هذه العصور كان أداة فى يد الأب يكتسب بها الحقوق لمصلحة الأسرة كلها . وعند وفاة رب الأسرة ، كان الابن يستقل بحقوقه ، فإن كان راشداً أصبح قادراً على إدارة أمواله والتصرف فيها، وإن كان صغيراً أو مجنوناً أو سفيهاً خضع لسلطة الوصى أو القيّم .

وكانت الوصاية – أول الأمر – تثبت قانونًا للوارث المحتمل للخاضع للوصاية، حفاظاً على أموال الأسرة من الضياع . وكان الوصى يتسلم أموال الصغير بمقتضى حقه فى الوصاية ، ويقيم نفسه سيداً عليها ، يتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات شأنه فى ذلك شأن المالك تماماً ، فالولاية على المال كانت إذن سلطة قانونية تجعل الشخص مالكاً للأموال التى يتولى عليها . تغير الأمر بعد ذلك ، حيث وضعت على سلطة رب الأسرة وسلطة الوصى أو القيم بعض القيود التى تراعى مصلحة الابن أو من كان تحت الوصاية أو القوامة . ثم إنتهى التطور فى القانون الحديث الى إعتبار سلطة الولى أو الوصى مجرد وظيفة أجتماعية تهدف الى تحقيق مصلحة عامة لا مصلحة خاصة للأب أو الوصى أو القيم. «فالمحافظة على مال من لا يستطيع المحافظة على ماله هى أمر لا يتعلق بناقص الأهلية أو ببقية أفراد أسرته ، وانما هى أمر يهم كافة الأشخاص . ولذلك تتدخل الدولة الآن لتنظيم الولاية على المال تنظيماً لا يتناولها فى مسائلها الرئيسية فحسب ، بل فى أدق تفاصيلها » . ولذلك يقضى القانون المدنى بأن « يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للأوضاع المقررة فى القانون » .

تعريف الولاية وبيان أنواعها :

الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر ولى الشىء ، وعليه أى ملك أمره وقام به فهو وليه ، وولى عليه ، أى قائم بأمره . ومن هذا المعنى اللغوى أخذ المعنى الفقهى

للولاية بأنها « تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى » وذلك لأن الولاية تشعر بسلطة الولى على المولى ، فالمناسبة ظاهرة . أو هى سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعاً ، فتترتب عليها آثارها الشرعية .

وتنقسم الولاية الى عدة أقسام باعتبارات مختلفة . فتنقسم من حيث ثبوتها للانسان على نفسه أو على غيره الى قاصرة ومتعدية . والولاية القاصرة هى نفاذ أقوال الانسان وتصرفاته على نفسه وهذه هى أهلية الأداء ، فمن تثبت له هذه الأهلية تكون له ولاية قاصرة على نفسه ، ومن لا تثبت له تلك الأهلية فلا ولاية له.

أما الولاية المتعدية فهى السلطة الشرعية التى بها تنفذ أقوال الانسان وتصرفاته على غيره ولو جبراً عن ذلك الغير . وهذا النوع من الولاية يعد فرعاً من الولاية القاصرة ، فحيث لا تثبت الولاية القاصرة لا تثبت الولاية المتعدية .

وتنقسم الولاية ايضاً من حيث ما تتعلق به الى ولاية على النفس وولاية على المال . فالولاية على النفس ، تكون بنفاذ الأقوال والتصرفات فى الأمور التى تتعلق بالنفس - اى بالشخص - كالتزويج . والولاية على المال ، تكون بنفاذ الأقوال والتصرفات فى الأمور التى تتعلق بالمال كالبيع والإجارة والرهن ... الخ .

الولاية على المال - تقسيم :

يقتصر اصطلاح الولاية على المال - قانوناً -على السلطة التى تكون لشخص فى أن يقوم بتصرف على مال الغير فينتج هذا التصرف آثاره فى حق الغير . وتلك السلطة قد يقررها القانون أو القاضى أو الغير نفسه . وسبب تقريرها أن صاحب المال المطلوب حمايته قد يكون ناقص الأهلية أو عديمها حقيقة أو حكماً ، كالجنين والصبى غير المميّز والصبى المميّز ومن اعترى اهليته عارض من عوارض الأهلية أومانع من موانعها ، فيمتنع عليه بسبب ذلك مباشرة التصرفات القانونية ، ولذا يتولى عنه مباشرة تلك التصرفات الولى على ماله . هذا الولى قد يطلق عليه تسمية الولى أو الوصى أو القيم أو المساعد القضائى أو الوكيل . ويطلق على ما يتولاه كل من مهمة حسب الترتيب السابق ، الولاية والوصاية والقوامة والمساعدة القضائية والوكالة .

ولما كنا قد تعرّضنا لنظام المساعدة القضائية وبيان أحكامها ، كما ان الوكالة عن الغائب لا تنفرد أساساً بأحكام خاصة ، فإننا لانعرض هنا إلا لنظام الولاية على مال الصغير القاصر ، والولاية على مال المحجور عليه .

(أولا) الولاية على مال الصغير

التمييز بين الولاية والوصاية :

الولاية – كما رأينا – سلطة على المال لها نفس وظيفة الوصاية . ولكن الولاية لها مقوماتها التى تتميّز بها عن الوصاية وما فى حكمها كالقوامة والوكالة عن الغائبين . من ذلك أن الولاية – كما سنرى – هى من حق الأب ثم الجد الصحيح دون أى شخص آخر . أما الوصاية (وما فى حكمها) فهى تكون لأى شخص تتوافر فيه الصفات اللازمة التى ينص عليها القانون . ولذلك فإن الولاية تثبت بقوة القانون للأب أو الجد دون حاجة الى قرار من المحكمة بالتعيين أو التثبيت ، أما الوصاية فلا تثبت إلا بقرار من المحكمة بتعيين الوصى أو بتثبيته إذا كان الأب قد إختار وصياً على إبنه القاصر قبل وفاته .

كما يلاحظ أن هناك فارقاً آخر بين الولاية والوصاية من حيث السلطة وأدائها، حيث يتمتع الولى عادة بسلطان أوسع على مال الصغير بالقياس الى سلطة الوصى المختار أو المعيّن من المحكمة ، ويرجع السبب فى ذلك الى أن الولى تربطه بالصغير رابطة دم فهو إما أبوه أو جده ، وثقة القانون فى مثل هذا الشخص غير محدودة ، هذا بخلاف الوصى الذى قد يكون أجنبياً عن القاصر .

أولاً : الولاية وأحكامها

لمن تثبت الولاية على مال الصغير :

الولاية وفق ما تنص عليه المادة الأولى من قانون الولاية على المال (المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) تكون للأب ثم للجد الصحيح إن لم يكن الأب قد إختار وصياً للولاية على مال ولده القاصر .

ومعنى ذلك أن الولاية على مال الصغير القاصر (الصبى المميّز وغير المميّز على السواء) تكون للأب بقوة القانون ، فإذا لم يوجد فإنها تثبت للوصى المختار الذى يختاره الأب قبل وفاته ، فإذا لم يوجد تثبت عندئذ للجد الصحيح وذلك أيضاً بقوة القانون ، فإذا لم يوجد هذا الجد، قامت المحكمة بتعيين وصيًا على مال الصغير وهذا هو وصى المحكمة .

ولاية الأب والجد :

هذه الولاية مفروضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة ،وما تفرضه تلك الصلة على الأب والجد من واجب يتمثل فى رعاية وحماية أموال القاصر . وعلى ذلك فهى ليست حقًا فحسب للأب أو الجد وإنما هى واجب مفروض عليهما رعاية لمصالح وأموال القاصر . ولذلك قضت المادة الأولى من قانون الولاية على المال – وبعد أن بيّنت الأولياء على مال الصغير – بأن على الولى القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة ، فله أن يطلب إقالته من الولاية إذا كان فى ظروفه ما يقتضى ذلك ، كمرض أو كبر سن أو عدم دراية على القيام بشؤون القاصر أو غير ذلك من الأمور التى تسوغ إعفاء الولى من مهام الولاية .

ولقد جعل المشرع التنحى متوقفاً على اذن المحكمة ، حتى يمكن أن يتخذ فى هذا الشأن الاجراء اللازم الذى يكفل حماية مصالح القاصر المشمول بالولاية .

ولما كان الولى يتولى ابرام التصرفات القانونية التى لا يستطيع ناقص الأهلية مباشرتها ، فمن البديهى أن يكون هذا الولى كامل الأهلية . فلا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو ، فإذا حدث وكان الولى غير أهل لمباشرة التصرف ، أقامت المحكمة وصيا خاصًا لمباشرة التصرف بدلاً منه . وهذا ما تقضى به المادة الثانية من قانون الولاية على المال بأنه « لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » .

ويجب أن يكون الولى متحداً مع القاصر فى الدين ، فإن كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون ، كأن تكون أمهم قد أسلمت وهم صغار وبقى الأب على دينه ، فيكون الأولاد مسلمين تبعاً لأمهم لأنه يتبعون خير الأبوين ديناً ، فلا تثبت الولاية للأب عليهم فى هذه الحالة ،وكذلك لو كان الأب قد أسلم وتوفى وترك أولاده مسلمين ، فلا يكون لجدهم المخالف لهم فى الدين ولاية عليهم .

وأما عن نطاق الولاية ، فهى شمولها لأموال القاصر كلها . ومع ذلك فقد قضى المشرع المصرى فى المادة الثالثة من قانون الولاية على المال بأنه « لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » وفى هذه الحالة تقيم المحكمة وصياً خاصاً لإدارة هذا المال .

سلطة الولى :

تقضى المادة الرابعة من قانون الولاية على المال بأنه « يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون » .

هذا وقد تضمن قانون الولاية على المال بعض الأحكام - المشار اليها فى النص السابق - التى يشترك فى الخضوع لها كل من الأب والجد ، كما تضمن احكاماً يستقل بالخضوع لها الأب والجد ، كل على حدة .

(أ) الأحكام المشتركة بين الأب والجد :

وجوب الحصول على إذن من المحكمة لمباشرة بعض التصرفات والأعمال :

أوجب المشرع على الولى أباً أم جداً الحصول على إذن من المحكمة لمباشرة بعض التصرفات والأعمال الآتية :

(١) فى نطاق التبرع :

تقضى المادة الخامسة من قانون الولاية على المال بأنه « لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة » . فالتبرع بمال القاصر مشروط بشرطين : أولهما أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى او عائلى وثانيهما أن تأذن المحكمة بذلك . فإن تخلف أى من هذين الشرطين لم يجز التبرع.

(٢) فى نطاق التصرف فى مال القاصر :

أ- تقضى المادة السادسة من قانون الولايةعلى المال بأنه « لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه او لأقاربهما الى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » . هذا التقييد الوارد فى النص قد ورد فى شأن حالة تقتضى مزيداً من الضمانات بالنظر لظروف الولى . وليس المقصود فى هذه الحالة دفع شبهة المحاباة فى بعض الصور بقدر تحقيق رعاية مصلحة الصغير ومصلحة الولى نفسه . فمن مصلحة الصغير أن يتوافر له ضمان الإذن الصادر من المحكمة للتحقق من عدالة المقابل ، ومن مصلحة الولى أن يكون الصغير مطمئناً الى أن التصرف لم ينطو ولو عن غير قصد على إخلال بحقوقه . فإذا اذنته المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه ، أما

الجد - فيرى البعض - ضرورة أن يطلب تعيين وصى خاص للتعاقد معه طبقاً للمادة ٣١ من قانون الولاية على المال .

ويراعى أن المشرع قد منع - فى المادة السادسة المشار اليها سابقاً - رهن مال القاصر فى دين على الولى نفسه ، لأن الرهن غالباً ما يفضى الى استيفاء الدين من مال الصغير ، وفى إباحة الرهن ما ييسر للولى الالتجاء اليه كلما وقع فى ضيق مالى ،ولذا رأى المشرع أن يجنب القاصر والولى على حد سواء هذا الخطر رعاية لمصلحتيهما .

ب- تقضى المادة الثامنة من قانون الولاية على المال بأنه « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال الموروث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت اشرافها » . ويلاحظ أن علة هذا الحكم أن انتقال المال الى القاصر عن طريق الميراث لا يسوغ إهدار ضمانات رأى مورثه أن يشترطها لمصلحته . وفى الكثرة الغالبة من الحالات تتصل البواعث التى تحدو على إشتراط هذا القيد بالحرص على تربية الصغير أو تعليمه أو إيثاره بنصيب من المال نظراً لإصابته بمرض لا يرجى برؤه أو بعاهة تقعده عن العمل .

ولكن ليس معنى ما تقدم ، كف يد الولى عن هذا المال ، فقد تقتضى مصلحة الغير نفسه اجراء التصرف فى شأن هذا المال ، ولذلك اباح القانون هذا التصرف بإذن المحكمة ، وبديهى أن إشراف المحكمة عن طريق منح الإذن أو الترخيص يوفق بين رغبة المورث فى تحقيق الأغراض التى رمى اليها من الشرط وما تتطلبه أحياناً من التصرف فى مال الصغير .

(٣) فى نطاق أعمال الإدارة :

أ- تقضى المادة التاسعة من قانون الولاية على المال بأنه « لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا إقتراضه إلا بإذن المحكمة » . والحكمة من الحصول على الإذن هنا ، هو التأكد من أن الاقراض أو الاقتراض لن يلحق الضرر بأموال القاصر أو يعرضها للضياع .

وبناء على ذلك ،يجوز للولى (اباً او جداً) أن يقرض مال القاصر بفائدة بإذن المحكمة ، ولا يجوز للأب ان يقرض مال القاصر بغير فائدة إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة .

ب- تقضى المادة العاشرة من قانون الولاية على المال - فى مصر- بأنه « لا

يجوز للولى بغير اذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة » . وذلك عليإاعتبار أن الولاية على المال تنتهى وتنقضى ببلوغ القاصر سن الرشد .

جـ- تقضى المادة الحادية عشر من قانون الولاية على المال - فى مصر - بأنه « لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الاذن » . ويلاحظ أن هذا الحكم قد أخذ عن بعض القوانين الأجنبية ، وقد روعى فى الأخذ به ما للاستمرار فى التجارة من أهمية بالنسبة الى مسؤولية القاصر فى ماله وما ينبغى أن يتوافر فى الولى الذى يؤذن له بالاستمرار من خبرة خاصة فى هذا الشأن .

د- تقضى المادة الثانية عشرة من قانون الولاية على المال بأنه « لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معيّنة إلا بإذن المحكمة » . فقد يكون فى الالتزام المقترن بالتبرع ما يذهب بجدواه ويحيله عبئاًعلى الصغير ، ولذلك رؤى أنه من الأنسب ان تستأذن المحكمة حتى تتثبت من رجحان مصلحة الصغير من قبول تلك الهبات أو الوصايا . وبناء على ما تقدم يجوز للولى أن يرفض الهبة أو الوصية المحملة بالالتزامات بغير إذن المحكمة . وإذا كان الواهب هو ولى الموهوب له (أو وصيه) فإنه طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨٧ مدنى ، ينوب عنه فى قبول الهبة وقبض الشىء الموهوب ،وعندئذ يكون تعاقده مع نفسه جائزاً فى هذه الحالة بنص صريح من القانون ، ومع مراعاة أحكام المادة ١٢ من قانون الولاية على المال المشار اليها .

الجزاء على عدم حصول الولى فى الحالات السابقة على إذن المحكمة :

رأينا - فيما تقدم - أن هناك حالات يتطلب الأمر فيها الحصول على إذن القضاء لاجراء التصرف ، ولذلك إذا ما قام الولى أبًا كان أم جداً بالعمل القانونى بدون الحصول على هذا الإذن ، فإن تصرفه أو عقده لا يعد نافذاً ، فى حق الصغير لانتفاء النيابة عندئذ .

الإنفاق من مال الصغير :

تقضى المادة السابعة عشرة من قانون الولاية على المال - بأن « للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه . وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته » .

فالأب والجد لـهما الحق فى الانفـاق على نفسـيهما من مـال الصـغيـر إذا كانت نفـقتهـما واجبة عليه . ولهـما كذلـك الانفاق من مـال الصغيـر على من يجـب على الصغير نفقته . ولـم يشـأ المشرع ان يقـيّد استعمال هـذا الحق بشـرط الحـصـول على ترخيص من القضاء نظراً لما بين الولى والصـغير من روابط .

وليس مـعنى ما تقـدم أن حرية الولى - فى هـذا الصـدد - مطلقـة ، وإنما لا بد من وجـود ضـوابط تتحكم فـى انفاقه على النـحو المتقدم ، فلا يـأخذ إلا بالمـعروف وبالنظر الى حاجة مـتناسبة مع حال الصـغير ومقدار ثـرائه . « كما يلاحظ أيضاً أن النفقـة تقتضى مـن الريع فى الأصل ، ولا يجوز أن يسـتتبع اسـتعمال حـق الانفاق التحلل من القيود الخاصة بوجود الحصـول عل يترخيص باجراء بعض التصـرفات التى تمس أصل المال .

(أ) الأحكام الخاصة بسلط الأب وحدودها :

عرضـنا فيـما سـبق لأحكام قانون الـولاية على المال التى وحـدهـا المشـرع فى شأن سـلطات الأب والجد . ولكـن هناك من الأحكـام ما يسـتقل بهـا الأب دون الجد باعـتبـاره المسؤول الأول عـن الأسـرة ، وراعـيهـا والمحقق الأول لـمصلحـتهـا ، ولذلك إنفرد ببعض السلطات الواسـعة دون الجد ، ومن ذلك مثلاً :

١- أن المادة ١٣ من قـانون الولاية عـلى المال تقـضى بأنه : « لا تـسرى القـيود المنصوص عليها فى هذا القانون على مـا آل الى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أم مـستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » .

فيعفى الأب من الحـصـول على إذن لـجواز تصـرفه فى هـذا المال ، كما يعفـى من الالتزام بالـجرد وبـتقديم حـساب كما يعـفى من المسؤولية عند التـجهل . ويراعى ان هذه الأحكام تسرى على الولى عندما يكون مـحتـفظاً بصـفته كولى على الصـغير ، أما إذا إنتـفت هـذه الصـفة ، بـتنحيتـه عن الولاية أو بسلبـها منه مثـلاً ، فلا يسـتفـيد الأب من هـذا الاعفاء . كـما يراعى أن هـذا الاسـتثنـاء لا يسـتفيد منه الجـد إذا ما تبرع لـحفيده القاصـر .

٢- تقـضـى المـادة ١٤ من قـانون الـولاية علـى المال بـأن « للأب ان يتـعـاقـد مـع نفسه باسم القاصـر سـواء اكان ذلـك لـحسابه هـو أم لـحساب شـخص آخر إلا إذا نص القانون عـلى غير ذلك » . فـللأب حق الـتعاقد مع نفـسه باسم القاصـر ، فـلا تسـرى علـيه أحكام المادة ١٠٨ مدنـى ، والـخاصـة بمنع الشـخص مـن التعـاقد مـع نفسـه ،

فالأب تتوافر لديه دواعي الشفقة بالنسبة لولده ، الأمر الذى يقضى بإعفائه من القواعد الخاصة بهذا المنع . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية .

وبناء على ما تقدم يحق للأب أن يشترى منقول الصغير لنفسه دون حاجة الى اذن المحكمة إذا لم تزد قيمة المنقولات عن ٣٠٠ جنيه ، وبإذنها إذا زادت القيمة عن ذلك ، كما أن للأب أيضًا أن يتعاقد مع نفسه فى حالة شرائه عقار القاصر لنفسه بعد الحصول على إذن من المحكمة ، وكذلك الحال إذا باع عقاراً له للقاصر ، وللأب أيضاً أن يؤجر مال إبنه القاصر لنفسه .

٣- للأب أن يتصرف فى العقار والمحل التجارى والأوراق المالية التى لا تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه دون حاجة الى الحصول على إذن من المحكمة . فإذا زادت قيمتها عن ذلك وجب استئذانها لمباشرة هذا التصرف وذلك حتى يلتمس بعض التوجيه ، وهذا طبقاً للمادة السابعة من قانون الولاية على المال .

وبناء على ذلك للأب ان يتصرف فى منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها وبدون إذن المحكمة إلا إذا كانت هذه المنقولات تتضمن أوراقًا مالية أومحلاً تجارياً وزادت قيمتها عن ٣٠٠ جنيه حيث يجب إستئذان المحكمة عندئذ . وينصرف هذا الحكم كذلك على التصرف فى عقار القاصر ، وحكم الشراء هو حكم البيع . كما للأب أن يرهن عقار القاصر دون إذن من المحكمة إذا لم تزد قيمته عن ٣٠٠ جنيه وإلا وجب الحصول على إذنها . كما يجوز له الصلح على حقوق الصغير طالما كان محل الصلح أقل من ٣٠٠ جنيه .

هذا وقد لاحظ البعض - بحق - أن حكم قانون الولاية على المال فى هذا الصدد لا يحقق حماية فعالة أكيدة للصغير من العسف المحتمل للولى ، حيث يستطيع الأخير أن يتحايل على أحكام القانون باجراء التصرف الذى تتجاوز قيمته ٣٠٠ جنيه على دفعات ، ولذلك كان من الأفضل تقييد الحق الممنوح للولى الأب بمقتضى نص المادة (٧) من قانون الولاية على المال بجعله مرة واحدة مع رفع النصاب الى الحد الذى يتناسب والظروف الاقتصادية الراهنة .

ويلاحظ أن المشرع قد قضى فى الفقرة الثانية من المادة السابعة المشار اليها برفض الإذن للولى الأب فى حالتين :

(أ) حالة تعريض أموال القاصر للخطر من جراء التصرف ،كما لو أريد بيعها - بالأجل مثلاً - لشخص غير مأمون اليسار .

(ب) حالة زيادة الغبن فى الثمن عن خمس القيمة وفقًا للأحكام المقررة فى القانون المدنى .

٤- تقضى المادة (٣٤) من قانون الولاية على المال بأنه « لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسؤولية الوصى » . وهذا مظهر من مظاهر التخفيف من مسؤولية الولى إذا كان أباً . ومعنى ما تقدم أن الأب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم فحسب .

٥- تقضى الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون الولاية على المال بأنه « ولا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر . ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معيّن كالتعليم او القيام بحرفة أو مهنة » .

يستفاد من النص السابق ، أن المشرع لم ير أن يكون الريع محلاً للحساب (اخذاً بما تنتهجه بعض التشريعات الأجنبية) وكذلك الشأن أيضاً فيما تبرع به الأب لولده القاصر ، فهو غير ملزم بتقديم حساب عنه لأنه هو مصدر المال، ويستثنى من قاعدة عدم المحاسبة ، ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معيّن كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة ، لأن فى جواز عدم المحاسبة ، ما قد ينطوى على تفويت اغراض الواهب .

(جـ) الأحكام الخاصة بسلطة الجد وحدودها :

أشرنا من قبل أن المشرع لم يشأ أن يسوى بين سلطة الأب والجد ، فقد قيّد من سلطة الأخير باعتبار أنه لا يملك على أموال الصغير سوى حق الإدارة ، من ذلك مثلاً :

١- لا يجوز للولى الجد أن يتصرف فى مال القاصر اطلاقاً ، عقاراً كان أم منقولاً ، وأياً كانت قيمته وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً إلا بعد الحصول على إذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

ويدخل فى أعمال التصرف رهن عقار القاصر ، باعتبار أن الرهن بالنسبة للراهن من قبيل أعمال التصرف لا الإدارة ، كما يدخل فيها إستئجار المال للقاصر إذا كان من أعمال التصرف ، وكذلك القسمة ، فهى من التصرفات ويجب الحصول فى شأنها على إذن من المحكمة ،وعليه أيضًا الحصول على الإذن إذا ما اراد أن يشفع نيابة عن الصغير .

٢- ولا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التنازل عن التأمينات المعطاة لضمان

دين القاصر أو إضعافها (م ١٥ المشار اليها) .

٣- ولا يجوز له أن يتصالح على حقوق القاصر إلا بإذن المحكمة (م ١٥ مشار اليها من قبل) .

٤- تقضى المادة ٢٦ من قانون الولاية على المال بأن « تسرى على الجد الأحكام المقررة فى هذا القانون بشأن الحساب » . فلقد أخضع المشرع الولى الجد للأحكام الخاصة بالحساب سواء تعلق الأمر براس المال أو بالريع . فيتعيّن على الجد أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته لأموال القاصر قبل أول يناير من كل عام إذا كانت أموال القاصر تزيد على ٥٠٠ جنيه ، أما إذا قلت عن ذلك ، فيعفى من تقديم الحساب السنوى ما لم تر المحكمة غير ذلك . (م ٤٥ من قانون الولاية على المال) كما يجب على الجد ، إذا ما سلبت ولايته أو حكم بسقوطها بالنسبة لمال القاصر المشمول بولايته أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إنقضاء ولايته بسبب من الأسباب السابقة لذلك أياً كانت أموال القاصر ، ولا يعفى الجد بحال من الأحوال من تقديم هذا الحساب الأخير .

الالتزامات المفروضة على الولى بحكم القانون ، أباً كان أم جداً :

يلتزم الولى ، أباً كان أم جداً ، ببعض الالتزامات المفروضة عليه بحكم القانون وهى :

(١) تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٦ من قانون الولاية على المال بأن « على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول اليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال الى الصغير ....» .

فإذا قصّر الولى فى تنفيذ هذا الالتزام فإن القانون (فى الفقرة الثانية من المادة ١٦ المشار اليها) يقضى بأنه « يجوز للمحكمة إعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضاً لمال القاصر للخطر » . فهناك إذن قرينة غير قاطعة للمحكمة كامل السلطان فى تقديرها ، هذه القرينة لاترتب أثرها إلا إذا قررت المحكمة الأخذ بها لسبب ملابسات التخلف أو التأخير .

(٢) تقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من قانون الولاية على المال بأن « على الولى أو ورثته رد أموال القاصر اليه عند بلوغه ، ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف » .

انقضاء الولاية :

قد تنقضى الولاية إنقضاءً طبيعياً ، وقد تنقضى بطريقة غير طبيعية بسبب من الأسباب :

إنقضاء الولاية الطبيعى :

تنقضى الولاية إنقضاءً طبيعياً بموت القاصر المشمول بها قبل بلوغه سن الرشد ، وتنتهى ايضاً بموت الولى او بزوال اهليته (انظر نص المادة ١٨ من قانون الولاية على المال حيث تعرض هذا النص لانقضاء الولاية ببلوغ سن الرشد) . ومن صور انقضاء الولاية ايضاً إنقضاءً طبيعياً ان ولاية الجد تنتهى بعودة الولاية الى الأب إذا كانت قد سلبت من الأخير أو أوقفت بالنسبة له .

ويلاحظ أنه إذا انتهت الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد فإنها لا تعود حتى ولو قام به سبب من أسباب الحجر كجنون أو عته أو سفه أو غفلة (المادة ١٩ من قانون الولاية على المال) وانما يحكم بالحجر عليه وتنصيب قيماً على أمواله وفق ما تقضى به المادة ٦٥ من القانون المشار اليه .

الانقضاء غير الطبيعى للولاية :

هناك حالات تنقضى فيها الولاية إنقضاءً غير طبيعى بشكل عام أو فى شق منها ، كما أن هناك حالات توقف فيها الولاية . وتكون الولاية منقضية بشكل عام فى حالة سلبها وفى شق منها فى حالة الحد منها ، فنتكلم عن ١- سلب الولاية والحد منها ، ٢- وقفها .

(١) سلب الولاية والحد منها :

تقضى المادة ٢٠ من قانون الولاية على الماب بأنه « إذا اصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى او لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها » . فإذا اشتهر عن الولى سوء التدبير أو الاهمال الجسيم فى رعاية أموال القاصر ، بأن ترك غيره يحوزها - بغير حق مثلاً ، او درج على التصرف فى المنقول المملوك للقاصر بفاحش الغبن ، أو كان يهمل فى ادارة المال إهمالاً جسيماً ، أو كان يعهد بالإدارة الى من لا يؤتمن عليها الى غير ذلك من الصور التى تثبت سوء تصرفه وخطره على أموال القاصر ، كان للمحكمة أن تسلب ولايته أو ان تقرر الحد منها ، لأن الولاية منوطة بالمصلحة فمتى إنتفت وجب ان تزول .

هذا وقد اعتبر القانون عدم تقديم الولى للقائمة المتضمنة بيان أموال الصغير أو ما يؤول اليه من أموال أو التأخير فى تقديمها عن الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ١٦ من قانون الولاية على المال وهو شهرين من بدء الولاية أو من تاريخ أيلولة المال للصغير ، تعريضًا لأموال هذا الأخير للخطر مما يبرر سلب ولاية الولى .

ويلاحظ أن المشرع قد ترك للمحكمة مطلق الحرية فى تقدير أى سبب تتبيّنه ويؤدى الى تعريض أموال القاصر للخطر دون استلزام بلوغ هذا السبب مبلغ الجريمة ، أو وجوب تعليق الفصل فى سلب الولاية على الفصل فى الدعوى الجنائية إذا كانت قد اقيمت فعلاً .

ومعنى سلب الولاية تجريد الولى من كامل سلطاته التى منحها له القانون على مال القاصر ، أى يفقد صفته فى أن يكون نائباً قانونياً عنه ، وبالتالى لا يجوز أن يتولى عنه مباشرة أى تصرف من التصرفات الضارة أو الدائرة بين النفع والضرر .

أما الحد من الولاية فمعناه أن يتقيّد نطاقها ، وحرمان الولى من ممارسة سلطاته على مال القاصر بشكل كامل ، فقد ينصرف الحد من الولاية على أعمال معيّنة بحيث يمتنع عن الولى مباشرتها ، كما قد ينصرف الى مال معيّن من أموال القاصر بحيث يفقد الولى سلطته بالنسبة لهذا المال ، وعلى أية حال فإن القرار الصادر من المحكمة بالحد من الولاية هو الذى يبيّن نطاق هذا الحد ومداه .

سلب الولاية بقوة القانون :

تقضى المادة٢ ٢ من قانون الولاية على المال بأنه « يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة الى المال ». ولقد كان دافع المشرع فى تقريره لهذا الحكم ، هو زوال صلاحية من تسلب ولايته على النفس لتولى الشؤون المالية ، فسبب السلب يكون غالبًا إرتكاب جريمة من الجرائم التى لا يتصور معها توافر هذه الصلاحية . فسلب الولاية على النفس يستتبع حتماً وبقوة القانون سلبها بالنسبة الى المال ايضاً .

كيفية رعاية أموال القاصر بعد سلب الولاية أو الحد منها :

إذا حكم بسلب الولاية ، فقد يكون للصغير وليًا آخر كالجد الصحيح ، وعندئذ يخلف هذا الجد ، الأب الذى سلبت ولايته ، ويعد ولياً على الصغير بقوة

القانون . فإذا لم يوجد للصغير ولياً آخر فإن على المحكمة أن تعيّن له وصياً يتولى شؤونه وذلك فى حالة سلب الولاية ، أما إذا قضت المحكمة بالحد من الولاية، فإن القانون يوجب عندئذ تعيين وصياً مؤقتاً تتحدد مهمته بقرار المحكمة - انظر المواد ٣١ ، ٣٢ من قانون الولاية على المال) .

(٢) وقف الولاية :

قد تقف الولاية بحكم من القضاء وقد تقف بقوة القانون :

أ- تقضى المادة ٢١ من قانون الولاية على المال بأن « تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائباً ، أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جناية ، أو بالحبس مدة تزيد على سنة » . فالوقف القضائى يشمل على ثلاث حالات . الأولى : وهى حالة اعتبار الولى غائباً ، وقد سبق لنا بيان معنى الغيبة فى هذا الشأن . ويلاحظ أنه ليس بلازم متى ثبتت الغيبة حقيقة أو حكماً أن تنقضى سنة عليها حتى يحكم بوقف الولاية ، ذلك أن شرط إنقضاء السنة على الغيبة ضرورى فقط بالنسبة للغائب كامل الأهلية لتعيين وكيل عنه لإدارة أمواله . والثانية : هى حالة اعتقال الولى تنفيذاً لحكم بعقوبة جناية ، فيلزم إذن صدور حكم بإحدى العقوبات التى تصدر فى شأن الجنايات . أما الاعتقال لغير تنفيذ هذه العقوبات ، كالاعتقال لضرورة الأمن العام فلا يستتبع وقف الولاية ، وهكذا الحال أيضًا فى الحبس الاحتياطى كاجراء من إجراءات التحقيق . أما الحالة الثالثة :فهى أن يعتقل الولى تنفيذ لحكم صادر ضده بالحبس مدة تزيد على سنة . وشرط السنة هنا ينصرف الى عقوبة الحبس فقط دون غيرها من العقوبات التى توقع بصدد ارتكاب الجنايات.

ب- رأينا أن المادة (٢٢) من قانون الولاية على المال تقضى بأن « يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة الى المال » ومعنى ذلك أن يترتب على الحكم بوقف الولاية على النفس وقفها أيضًا بالنسبة لمال القاصروذلك بقوة القانون .

كيفية رعاية أموال القاصر بعد وقف الولاية :

إذا قضت المحكمة بوقف الولاية ، أو أوقفت الولاية بقوة القانون ، إستتبع ذلك وجوب تعيين وصى مؤقت وذلك مالم يكن للقاصر ولى آخر ، وذلك على النحو الذى رأيناه فى حالات سلب الولاية أو الحد منها.

عودة الولاية :

قلنا أن الولاية تنقضى - إنقضاءً طبيعياً ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يحكم بإستمرارها قبل بلوغ هذا السن . وإذا انتهت الولاية بهذه الصورة فإنها لا تعود إطلاقاً حتى ولو تحقق فى شأن من كان مشمولاً بها سبب من أسباب الحجر كالجنون والعته والسفه...وانما فى هذه الحالات يحكم بالحجر عليه وتعيين قيّم لإدارة أمواله . وقد يكون هذا القيّم هو الأب أو الجد ، غير انه لا يمارس هنا سلطات الولى وانما سلطات القيّم ، على النحو المشار اليه فى نص المادة ٧٨ من قانون الولاية على المال .

وفى شأن عودة الولاية بعد سلبها أو الحد منها أو وقفها ، تقضى المادة ٢٣ من قانون الولاية على المال بأنه « إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت الى سلبها أو الحد منها أو وقفها . ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض » .

وقد قصد المشرع من تعليق عودة الولاية على قرار من المحكمة ، صيانة لمصالح القاصر ومصالح الغير ممن لهم معاملات بشأن مال القاصر ، كما قصد منه ، الاقلال من الخصومات المتعلقة بعودة الولاية وافساح المجال الزمنى للتثبت من إسترداد الولى لصلاحيته . ولذلك فإن طلب إسترداد الولاية الذى سبق رفضه لا يقبل إلا بعد إنقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض .

ثانياً : الوصاية وأحكامها

صور الوصاية :

الوصى هوكل شخص غير الأب والجد تثبت له السلطة على مال القاصر . فيكون ولياً على ماله . ولذلك يعد الوصى نائباً قانونياً عن الصغير ، وتهدف نيابته الى صيانة ثروة القاصر وإستثمارها فى الوجوه التى تعود بالخير والمنفعة على الصغير .

وتتعدد صدور الوصاية وتتنوع ،فمن حيث مصدرها ، هناك الوصى المختار والوصى المعيّن ، ومن حيث نطاق ما تشمله من أعمال ، هناك الوصى العام والوصى الخاص ووصى الخصومة ، ومن حيث مداها الزمنى ، هناك الوصى المؤقت والوصى الدائم ، واخيراً قد يكون للقاصر وصياً واحداً وقد يتعددون .

الوصى المختار :

تقضى المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال بأنه « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن . ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة الثالثة » .

فللأب الحق فى أن يختار وصياً لولده قبل وفاته ، فهو أقدر من غيره فى إختيار من يصلح للوصاية على ولده . ويجوز أيضاً للمتبرع أن يختار وصياً ، لأن تبرعه ينطوى على خير للقاصر يغلب معه حسن الاختيار فيمن يعهد اليه بالوصاية . كما أجاز المشرع أيضاً أن يقام الوصى المختار للحمل المستكن .

أما طريقة اختيار الوصى ، فالأصل فيها أن يتم ذلك بعقد الايصاء الذى يتم بالإيجاب والقبول ، والقبول يكون بالقول فى حياة الموصى وبعد وفاته أو بالفعل بعد وفاته كتصرف الوصى فى المال . ويجب أن يتم اختيار الوصى فى ورقةرسمية أو عرفية يصدق فيهاعلى توقيع الأب أو المتبرع أو بورقة مكتوبة بخطه وموقعة منه حسماً للمنازعات الخاصة بالاثبات (م ٢/٢٨ من قانون الولاية على المال) .

وهذا الوصى المختار يجب أن تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها فى القانون حتى تثبته المحكمة وإلا الغت إختيار الأب وعيّنت وصياً آخر كما سنبيّن بعد قليل .

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال تقضى بأنه« يجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما » ومعنى ذلك أن عقد الايصاء هو عقد غير لازم فى حياة الموصى فله أن يرجع فيه . وإذا كان النص قد اقتصر على الاشارة للأب والمتبرع بطريق الوصية ، إلا أن المستفاد مما أوردته المذكرة الايضاحية ، أن هذا الحكم ينسحب أيضاً الى المتبرع أياً كان طريق تبرعه ، إذا اعتبرت أن مثل هذا الاختيار من جانب الأب أو المتبرع يخرج مخرج الوصى ، فيجوز العدول عنه فى أى وقت ، ويتبع فى إثبات العدول ما يتبع فى إثبات الاختيار ذاته .

الوصى المعيّن :

تقضى المادة ٢٩ من قانون الولاية على المال بأنه « إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار ، تعيّن المحكمة وصياً ، ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعيّن المحكمة غيره » .

يتبيّن من هذا النص انه إذا لم يكن للصغير أو الحمل المستكن وصيًا مختاراً أو جداً صحيحاً ، أو وجد الوصى المختار ولكن ثبت عدم إستيفائه لشروط التثبيت فإن محكمة الولاية على المال هى التى تتولى عندئذ تعيين الوصى . أما وصى الحمل المستكن ، سواء اكان مختاراً أم معيناً ، فيبقى وصياً على المولود ما لم تعيّن المحكمة غيره .

الوصى العام :

الوصى العام هو ذلك الوصى الذى تمتد سلطته الى كل أموال القاصر (سواء اكان مختاراً أو معيّناً) عدا ما يستثنيه القانون من هذه الأموال . والأصل هو كون الوصى عاماً ، وإستثناءً أن يكون خاصاً ، لشأن معيّن ذو طابع خاص أو يحتاج لخبرة خاصة ، أو لمجرد الدفاع عن مصالح القاصر فى نزاع معيّن .

الوصى الخاص :

يتبيّن من نص المادة ٣١ من قانون الولاية على المال أن المحكمة تقيم وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية :

(أ) « إذا تعارضت مصلحة القاصرمع مصلحة الولى أو زوجه أو مع مصلحة قاصر أخر مشمول بولايته » . ومثال تلك الحالة أن يبيع الولى مالاً مملوكًا له أو لآخر مشمول بولايته للقاصر ، أو أن يشترى مالاً مملوكًا للقاصر لنفسه أو لقاصر أخر مشمول بولايته ، حيث يبدو التعارض بين المصالح ، مما يقتضى أن يكون للقاصر وصياً خاصاً يرعى مصلحته فى هذه الصفقة .

(ب) « إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو زوجه أو أحد اصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى » فالوصى - مثلاً - يمتنع عليه أن يستأجر مال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما الى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه إلا بإذن المحكمة ،وعلى ذلك إذا ما أذنته المحكمة فى ذلك وجب إقامة وصى خاص يمثل القاصر ، فإذا كان الإيجار قد إنعقد قبل تنصيب الوصى ، فإن التعارض فى المصلحة بين القاصر ووصيه يصدق على مرحلة تنفيذ العقد كما يصدق عليه ابتداء .

(جـ) « إذا أريد ابرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو ابطاله أو الغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فى الحالة الثانية » . فمثلاً ، لا يجوز للوصى أن يتصرف فى مال القاصر المشمول بوصايته عقاراً كان أو منقولاً ،

وبيعاً كان التصرف أم شراء إلا بإذن المحكمة ، ولا بد من إذن خاص فى ذلك إذا أراد الوصى شراء مال القاصر لنفسه أو بيع مال للقاصر ، وعليه أن يطلب تعيين وصى خاص للتعاقد معه .

(د)« إذا آل الى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع الا يتولى الولى إدارة هذا المال » . وفى مثل هذه الحالة تسرى على المال المتبرع به أحكام الوصاية وتعيّن المحكمة وصياً خاصاً لإدارته .

(هـ) « إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال » ومثال تلك الأعمال ، تصفية بعض القراطيس المالية ، أو تدارك الاضطراب فى الشؤون المالية لمتجر من المتاجر فى فترة من فترات الأزمات ، وما الى ذلك من صور أخرى لحالات تكون فيها الخبرة الخاصة لازمة لأداء بعض الأعمال التى تحقق صالح القاصر وتعود عليه بالنفع .

(و) « إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية» وقد سبق بيان ذلك .

هذا ويلاحظ أن الوصى الخاص تكون مهمته محدودة ومؤقتة فى اغلب الأحيان . وعلى المحكمة ان تبيّن ذلك فى قرارها ، بحيث يجب أن يلتزم الوصى الخاص بهذه الحدود وإلا إنتفت نيابته .

كما تقضى المادة (٣٥) من قانون الولاية على المال بأن « تنتهى مهمة الوصى الخاص بانتهاء العمل الذى اقيم لمباشرته » . على أن هذا الحكم لا يخل بالقواعد العامة المنصوص عليها فى شأن إنتهاء الوصاية بوجه عام .

وصى الخصومة :

تقضى المادة ٣٣ من قانون الولاية على المال انه « يجوز للمحكمة ان تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال » فقد راعى المشرع فى ذلك أن تعيين وصى الخصومة قد يكون ضرورة لا غنى عنها لحماية مصالح القاصر .

الوصى المؤقت والوصى الدائم :

الأصل أن يتمتع الوصى بسلطات الوصاية وذلك حتى تنتهى الوصاية على مال الصغير بسبب من الأسباب المحددة فى القانون ، وتلك هى الوصاية الدائمة .

وقد يعيّن الوصى لفترة مؤقتة ، وهذا هو الوصى المؤقت ، فتقضى المادة ٣٢

من قانون الولاية على المال بأن « تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، وكذلك إذا أوقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته » . يستفاد من هذا النص أن الوصى المؤقت يعيّن فى الحالات الآتية :

(١) إذا حكم بوقف ولاية الولى دون أن يكون هناك ولى آخر ، كأن توقف ولاية الأب مع عدم وجود جد صحيح . فإذا وجد الأخير فلا حاجة الى تعيين الوصى المؤقت .

(٢) إذا أوقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته . فطبقًا للمادة ٤٨ من قانون الولاية على المال مثلاً ، للمحكمة أن توقف الوصى إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله من الوصاية ، وفى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته . فإذا حكمت المحكمة بالوقف ، تعيّن عليها تعيين وصى مؤقت .

أما بالنسبة للظروف المؤقتة التى قد تحول بين الوصى وبين أدائه لواجباته فمثالها لو أصيب الوصى بمرض شديد أو إنصرف الى مهمة تقتضى التفرغ الكامل ورأت المحكمة أن تقضى ببقائه الى أن يزول المانع .

ويراعى أن مهمة الوصى المؤقت تنتهى بانتهاء المدة التى إقتضت بها تعيينه .

الوصى الواحد وتعدد الأوصياء :

الأصل أن يكون للصغير وصياً واحداً يتولى شؤونه . ولكن قد تتعدد مصالح الصغير وتتنوع وتتشعب ، ويحتاج الأمر الى أكثر من وصى حسب الحاجة والخبرة المتطلبة . ولذلك قضت المادة ٣٠ من قانون الولاية على المال بأنه « يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد ، وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بيّنت اختصاصاً لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ، ومع ذلك لكل من الأوصياء إتخاذ الاجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر . وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر الى المحكمة لتامر بما يتبع » .

خضوع الأوصياء بكافة أنواعهم لأحكام قانونية واحدة :

تقضى المادة ٣٤ من قانون الولاية على المال بأن « يسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة عمل كل منهم » . ومعنى هذا النص أن تنوع أوضاع الأوصياء لا يؤدى الى اختلاف الأحكام المنطبقة على كل منهم ، وانما تنطبق عليهم

ذات الأحكام المطبقة على الأوصياء ، بصفة عامة ، وذلك في النطاق الذي لا يتعارض وطبيعة مهمة الوصي .

أجر الوصي :

تقضي المادة ٤٦ من قانون الولاية على المال بأن « تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معيّن » .

فالأصل هو مجانية الوصاية ، فهي عمل تطوعي تبرعي لخدمة الصغير ، إلا إذا كان الوصي محتاجاً فتملك المحكمة أن تعين له أجراً . أما المكافأة المشار اليها في النص ، فهي لا تمنح إلا للأوصياء غير المأجورين الذين جد لهم أثناء الوصاية عمل غير متوقع يتطلب من الجهد والتفرغ ما يبرر مثل هذه المكافأة . والمحكمة المختصة في هذا الصدد هي محكمة الأحوال الشخصية .

الشروط الواجب توافرها في الوصي :

تعرضت المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال للشروط الواجب توافرها في الوصي ، وهذه الشروط التي تعرض لها النص السابق تسري على كافة الأوصياء. ولقد وضعت هذه المادة القاعدة العامة في هذا الصدد فاشترطت أن يكون الوصي « عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة » . فلا بد إذن في الوصي أن يكون متوافراً فيه العدالة الكافية وكمال الأهلية بأن يكون حراً بالغاً غير سفيه أو ذي غفلة ، كما أن مفهوم الكفاية أن يكون الوصي أهلاً للقيام على شؤون القاصر بخصوصها .

ولا يشترط في الوصي أن يكون ذكراً ، بل يجوز أن تكون المرأة وصية ، فطبقاً لمبادئ الشريعة الاسلامية فإن المرأة من أهل الشهادة ، فجاز الايصاء لها لما في كل من معنى الولاية ، بل أنه في مقام المفاضلة بين الأم وغيرها فإن الأم أصلح من تتولى الوصاية على أبنائها .

وقد عددت المادة ٢٧ المشار اليها الأشخاص الذين لا يتوافر فيهم الشرط السابق وهو العدالة والكفاءة والأهلية ، فلا يجوز تنصيبهم أوصياء وهم :

١-« المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ومع ذلك إذا إنقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط » .

٢- « من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته» . ووجه هذا الحكم أن قيام هذه الحالة قد يكون سبباً من أسباب سقوط ولاية الأب أو الجد ...

٣- « من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش » . حيث تنتفى العدالة والكفاءة هنا .

٤-« المحكوم بإفلاسه الى أن يحكم برد اعتباره » . فالمفلس وإن كان لا يفقد أهليته بمقتضى حكم الافلاس ، إلا أنه يخشى منه على أموال القاصر ، فقد يعرضها للضياع بسبب ارتباك أحواله وملاحقة الدائنين له .

٥- « من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر » وذلك لانتفاء صلاحيته بشكل عام .

٦- « من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقاً انها تبرر ذلك ، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوب بخطه وموقعة بامضائه » . فالأب أعلم من غيره بمصالح ولده .

٧- « من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر » . فمتى تحقق هذا النزاع المشار اليه فى النص ، فإنه يخشى عندئذ أن تتعرض مصالح القاصر للخطر والضياع .

٨- من كان مختلفاً مع القاصر فى الديانة أو المذهب أو الطائفة ، فقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧ المشار اليها بأنه « يجب على كل حال أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه » وهذا تقليد كان متبعاً قبل صدور قانون الولاية على المال . ويلاحظ أن اشتراط اتحاد الطائفة والملة لا يكون إلا بالنسبة لغير المسلمين فقط .

وأخيراً ، فإنه إذا تخلفت الشروط الواجب توافرها فى الوصى إنتفت أهليته لتولى شؤون الوصاية ، ويستوى فى ذلك أن يكون هذا التخلف واقعاً عند ابتداء الوصاية أو بعد تقرير قيامها .

سلطات الوصى :

رأينا من قبل أن المشرع قد وسع من سلطات الولى على مال الصغير ، وقلنا أن ذلك يرجع الى صلة الدم بينه وبين القاصر ، أما الوصى - فعلى العكس - فقد ضيق المشرع من سلطاته على النحو الذى سنراه الآن .

ويمكن أن نستخلص من نصوص قانون الولاية على المال حدود هذه السلطات بحسب نوع التصرف الذى يجريه الوصى وما إذا كان من التصرفات النافعة نفعاً محضاً أو الضارة ضرراً محضاً ، أو التى تدور بين النفع والضرر .

أ- بالنسبة للأعمال النافعة نفعاً محضاً :

القاعدة فى هذا الشأن أن للوصى أن يجرى الأعمال النافعة نفعًا محضاً دون إذن من المحكمة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها : أن للوصى أن ينوب عن القاصر فى قبول الهبة وفى قبضها حتى ولو كان هو الواهب ، وله أن يقبل الوصايا عن القاصر طالما غير مقترنة بشرط أو محملة بالتزامات ، كما له أن يستعير لمصلحة القاصر إذا اعتبرت العارية من العقود النافعة نفعاً محضاً . ويجوز للوصى أن يبرم الكفالة عن القاصر دون حاجة الى إذن من المحكمة وذلك إذا كان القاصر دائناً فهو لا يلتزم بشىء فى مقابل التزام الكفيل .

ب- بالنسبة للأعمال الضارة ضرراً محضاً :

وتلك لا يجوز للوصى إجراؤها بشكل مطلق ، فلا يملك هبة مال القاصر (إلا لأداء واجب انسانى أو عائلى كما رأينا من قبل) ولا يجوز له أن يعقد كفالة تبرعية باسم القاصر حتى تأذن المحكمة ، وهكذا الشأن فى إقراض مال الصغير بدون فائدة وهكذا ...

جـ- بالنسبة للأعمال الدائرة بين النفع والضرر :

وتلك يفرّق بشأنها بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف .

١ - أعمال الإدارة :

القاعدة فى هذا الصدد أن الوصى يقوم بكافة أعمال الإدارة بالنسبة لأموال القاصر دون حاجة الى إستئذان المحكمة فى ذلك . ومع هذا فقد استلزم المشرع بالنسبة لأنواع معيّنة من أعمال الإدارة ضرورة حصول الوصى على إذن المحكمة لمباشرتها ومثالها ايجار أموال القاصر .

إيجار أموال القاصر :

تقضى المادة ٥٥٩ من التقنين المدنى بأنه « لا يجوز لمن لايملك إلا حق الإدارة أن يعقد ايجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة ، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، إنقضت المدة الى ثلاث سنوات ، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضى بغيره » .

وتقضى الفقرتان السابعة والثامنة من المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة : « (سابعاً) ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى » . (ثامناً) ايجار عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة » .

وإذا قام الوصى بتأجير مال القاصر لمدة أكثر من المدة المحددة فى القانون ، فلا يبطل عقد الإيجار ، وإنما يجب إنقاص مدته الى الحد القانونى الذى أوضحناه ، وحق الإنقاص لا يكون للمستأجر ، فالإنقاص لم يتقرر لمصلحته ، وانما الذى يملك هذا الحق هو القاصر بعد بلوغه سن الرشد ، وكذلك للوصى أن يطلب الإنقاص نيابة عن ناقص الأهلية .

وإذا كان لا يجوز للوصى تأجير أموال القاصر لأكثر من المدة القانونية ، فإنه لا يجوز له تجديد عقد الإيجار مقدمًا لمدد أخرى ، بحيث يكون المجموع أكثر من المدة القانونية .

ويراعى أخيراً أنه لا يجوز للوصى بغير إذن المحكمة تأجير أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما الى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه (م ٣٩ فقرة ١٥ من قانون الولاية على المال) وذلك أيًا كانت طبيعة المال المؤجر وأياً كانت مدة الإيجار.

٢- أعمال التصرف :

حددت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال التصرفات التى لا يستطيع الوصى اجراؤها إلا بإذن من المحكمة وهى :

(أولاً) « جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة » . ومثال التصرفات المقررة لحق من الحقوق السابقة ، القسمة والصلح .

(ثانياً) : « التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة» ، ومثال الأعمال التى تدخل فى أعمال الإدارة فى هذا الصدد بيع المحصول ، وبيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشى . وعلى أية حال فإن معيار التفرقة بين ما يعتبر من أعمال التصرف وما يعتبر من أعمال الإدارة هو المساس براس المال . والمقصود براس المال هنا اصل المال الذى آل الى القاصر وما اضيف اليه من نماء . فكل تصرف ينطوى على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عينى عليه يعتبر من اعمال التصرف ، وما عدا ذلك يعتبر من اعمال الإدارة ما لم يقضِ القانون أو العرف بغير ذلك .

(ثالثًا) : « الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة » ، وذلك لأن الصلح يقترن عادة بالنزول عن حق ثابت أو مدعياً به ، ولأن التحكيم قد يكون تحكيمًا بالصلح ، وذلك إذا اتجهت ارادة الطرفين بالفعل الى اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح . ويستثنى من ذلك الصلح والتحكيم إذا تناولنا موضوعاً قيمته اقل من مائة جنيه ، فلا يحتاج الوصى بشأنه الى اذن القضاء .

(رابعًا) : « حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة » . فنظراً لخطورة هذه التصرفات ، فإنه يجب أن يحصل الوصى على اذن القضاء عند إجرائها مهما كانت قيمة الحق أو الدين .

(خامساً) : « استثمار الأموال وتصفيتها » . ويقصد بالاستثمار توظيف المال بقصد الربح أياً كانت صورة هذا التوظيف (شراء أسهم أو سندات ، الدخول فى شركة .. الخ) فيجب الحصول على إذن القضاء .

(سادساً) : « اقتراض المال واقراضه » فالاقراض ينطوى غالبًا على مخاطرة براس المال فيحسن الحصول على اذن القضاء . وقد سبق أن بيّنا ان اقراض مال الصغير بغير فائدة يعد عملاً تبرعياً وهذا الحكم يسرى فى شان الوصى سريانه على الولى .

(سابعًا) : « ايجار عقار القاصر لمدة اكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى » .

(ثامنًا) : « ايجار عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة » .

(تاسعاً) : « قبول التبرعات المقترنة بشرط او رفضها » .

(عاشراً) : « الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت

النفقة مقضيًا بها بحكم واجب النفاذ » . فيجب على الوصى أن يحصل على إذن المحكمة بالانفاق على من تجب على القاصر نفقتهم حتى تتأكد المحكمة من حصول التناسب مع حالة القاصر المالية واستعداده ومبلغ النفقة ولا يستثنى من الحصول على الإذن إلا حالة صدور حكم واجب النفاذ بالنفقة .

(حادى عشر) : « الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر » . أما الوفاء الجبرى أى الحاصل بمقتضى سند تنفيذى (حكم محكمة أو سند رسمى واجب النفاذ) فلا يستأذن فيه الوصى المحكمة ، ولكن يراعى أن الوصى لا يبرئ من المسؤولية عن إهماله أو تواطئه إذا تبيّن أن القاصر لم يكن ملزماً بالوفاء .

(ثانى عشر) « رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له » . فلقد راعى المشرع أن مباشرة اجراءات التقاضى يتطلب جانباً من حسن التقدير لما تسببه هذه الاجراءات من تكبد نفقات وما تنطوى عليه من مخاطر . ولكن يستثنى من شرط الحصول على الإذن ، رفع الدعاوى التى يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . ومثالها ، الدعاوى المستعجلة، والدعاوى التى يعيّن القانون لرفعها مواعيد قصيرة كدعاوى الضرائب والشفعة ودعاوى الحيازة . غير أن اجراء الحصول على اذن انما شرع لمصلحة القاصر وبناء على ذلك لا يجوز للخصم الذى ترفع عليه الدعوى أن يتمسك به .

(ثالث عشر) : « التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام » . ويلاحظ أن الحقوق المشار اليها فى النص هى الحقوق بصفة عامة ، فتشمل مثلاً الحق فى الشفعة وحق الطعن فى الأحكام والتمسك بالتقادم أو بضرورة الاثبات بالكتابة ... كما تشمل أيضاً التنازل عن الدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، لأن القبول هنا ينطوى على معنى التسليم بقضاء الحكم والنزول عن حق الطعن ، كما يجب الحصول على الإذن عند التنازل عن الطعون بعد رفعها . كما رأى المشرع « أن يكون الطعن فى الأحكام بالطرق غير العادية خاضعاً لاجراءات الإذن ، لأن فرص النجاح فى سلوك هذه الطرق محدود فضلاً عن نفقاتها ، وهذه امور تتطلب تقديراً خاصاً يحسن أن تهيمن عليه المحكمة » .

(رابع عشر) « التنازل عن التأمينات وإضعافها » . فمثل هذا التنازل ينطوى على تفويت مصلحة الصغير ، ولذلك ينبغى أن يتأكد القاضى من قيام الدواعى

والمبررات التى تدعو الى هذه النزول .

(خامس عشر) : « إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد اقاربهما الى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه » .

(سادس عشر) : « ما يصرف فى تزويج القاصر » . فعلى الوصى أن يحصل على الإذن حتى تتثبت المحكمة من اجراء التناسب بين ما يصرف فى هذا الصدد وبين الحالة الاجتماعية للقاصر وفقاً للعرف الجارى .

(سابع عشر) : « تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة ، والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معيّنة » .ويقصد بالتعليم فى هذا النص ،كل صور التحصيل النظرى والتدريب على مختلف المهن والحرف .

قسمة مال القاصر :

نلاحظ ان القسمة تعد من الأمور الخطيرة التى تستوجب أن تخرج من نطاق أعمال الإدارة المعتادة ، ولذلك الحقها المشرع بأعمال التصرف فاشترط الحصول على إذن المحكمة لاجراء القسمة على التفصيل الآتى :

أولاً : إذا كانت القسمة إتفاقية (أى رضائية) فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال بأن « على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر إجراءات القسمة القضائية ...»

وبناء على النص المتقدم يتعيّن على المحكمة أن تقدر أولاً ما إذا كانت القسمة الرضائية فى صالح القاصر من عدمه – ولها أن ترفض القسمة الاتفاقية إذا ما رأت أن فيها ضرراً بالقاصر ، وعندئذ تقرر أن تكون القسمة قضائية . فإذا ما قدرت أن تكون القسمة اتفاقية لأنها فى صالح القاصر ، فعليها أن تعين الأسس التى تجرى بموجبها القسمة والاجراءات الواجب أن تتبع فى هذا الصدد . فإذا تمت القسمة على هذا النحو، فيجب على الوصى (أو القيم) أن يراجع المحكمة ليعرض عليها القسمة التى تمت ، فإذا تأكدت الأخيرة من مراعاة ما وضعته من أسس واجراءات وكانت القسمة عادلة ، فإنها تقضى بنفاذها . كما لها أن تقرر العدول عن القسمة الاتفاقية وتقضى بجريانها قضاءً طالما انها لم تطمئن الى ما تم من قسمة اتفاقية .

ثانياً أما إذا كانت القسمة قضائية فتقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال بأنه « فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص ، ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك . وإذا رفضت التصديق تعيّن عليها أن تقسم الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم ، ويقوم مقام التصديق ، الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص » .

وتقول المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال تعليقاً على النص المتقدم «انه فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص ، وان لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء ، وإذارفضت المحكمة التصديق تعيّن عليها أن تقسم الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم ، وبديهى أن الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة إستئنافية فى تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتقدم ذكره » .

ويلاحظ أن المادة ٤١ من قانون الولاية على المال تقضى بأنه « إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً » .

وقد ورد فى المذكرة الايضاحية تعليقاً على هذا النص « أنه استقى من القانون المدنى الايطالى واريد منه الى رفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع ، ومن المفهوم أن وقف القسمة مدة السنوات الخمس يجب أن يقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة ، أما إذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب قبل إنتهاء هذه المدة ، فلا شك فى أن وقف الاجراءات يزول بزوال مقتضيه » .

هذا وينبغى مراعاة أن نص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال لا يتناول إلا حالة الشيوع الناشئة عن الميراث فى أموال بخصوصها ، فهو لا يطبق على القسمة التى تكون نتيجة التصفية كما هو الشأن فى التركات .

كما يجب مراعاة أن عدم اتباع الاجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء

القصّر فى عقد القسمة يترتب عليه البطلان ، وهو بطلان نسبى مقرر لصالح القاصر ولا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به .

واجبات الوصى :

حماية للقاصر وصيانة لأمواله وضع المشرع من الأحكام ما يكفل تحقيق هذا الغرض .

١- فتقضى المادة ٣٦ من قانون الولاية على المال بأن « يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقًا لأحكام القانون المدنى » . وفى هذا الشأن تقضى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٤ من التقنين المدنى بأنه إذا كانت الوكالة بأجر «وجب على الوكيل أن يبذل دائمًا فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد » . ومعيار الرجل المعتاد معيار ينطبق على الوصى فى رعايته لأموال القاصر . وهو معيار موضوعى لا شخصى ، ولذلك إذا لم يبذل الوصى هذه العناية - حتى ولو ثبت ان العناية الأقل التى بذلها فعلاً هى العناية التى يبذلها هو فى شؤون نفسه - كان مسؤولاً لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية .

وبناء على ما تقدم أيضاً فإن الوصى شأنه فى ذلك شأن الوكيل ، يعد دائماً مسؤولاً فى تنفيذ مهام الوصاية عن غشه وعن خطئه الجسيم ، ولا تتحقق مسؤوليته - بطبيعة الحال - إذا ما أصاب القاصر ضرر لسبب أجنبى كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير أو نتيجة خطأ القاصر نفسه .

٢- تقضى المادة ٣٧ من قانون الولاية على المال بأن « للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر » . والملاحظ أن تقديم التأمينات لا يعد واجباً حتمياً على الوصى وفى جميع الحالات ، بل أن أمر تقديمها يترك لتقدير المحكمة وفقاً لظروف الحال .

٣- قضت المادة ٤٢ من قانون الولاية على المال بأنه « يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من اجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة » . فالمحكمة تعد أقدر من غيرها فى النظر فى مصلحة القاصر ، فقد ترى أن الصلح فى الدعوى أجدى ، وقد ترى التسليم بحق المدعى ... الخ .

٤- قضت المادة ٤٣ من قانون الولاية على المال بأن « على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو احد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقرره المحكمة اجمالياً لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه . ولا يجوز أن يسحب شيئًا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة » . وقد قصد المشرع من هذا النص المحافظة على أموال القاصر وإحكام الرقابة على إدارة الوصى عن طريق وجوب الحصول على إذن سابق لسحب الأموال المودعة .

٥- قضت المادة ٤٤ من قانون الولاية على المال بأن« على الوصى أن يودع باسم القاصر فى المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوماً لايداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ تسلمها . وليس له أن يسحب شيئًا منها بغير إذن المحكمة » . ويراعى ان الايداع بالنسبة للمجوهرات والمصوغات لا يكون واجباً إلا فيما عدا ما يتطلبه الاستعمال العادى وفقاً للعرف الجارى فى البيئة الاجتماعية التى ينتمى اليها القاصر .

٦- تقضى المادة ٤٥ من قانون الولاية على المال بأنه « على الوصى أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة . ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك . وفى جميع الأحوال يحب على الوصى الذى يستبدل به غيره ان يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته » .

يتبيّن من النص المتقدم أن هناك نوعين من الحساب الذى يلتزم الوصى بتقديمه .

الأول : وهو الحساب السنوى ، وهو حساب يقدمه الوصى مدعمًا بالمستندات كل سنة وقبل أول يناير ، غير أن الوصى لا يلتزم بتقديمه إذا كانت اموال القاصر المشمول بوصايته اقل من خمسمائة جنيه . ولكن قد ترى المحكمة غير ذلك ، فقد تلزمه مع ذلك بتقديم الحساب السنوى لمن لم تبلغ أمواله الخمسمائة جنيه من القصّر .

الثانى : الحساب النهائى أو الختامى ، وهو ذلك الذى يقدم عند إنتهاء الوصاية فى حالة ما إذا إستبدل بالوصى غيره ، وميعاده هو أن يكون فى خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ إنتهاء الوصاية . وهذا الحساب لا يجوز بأى حال من الأحوال أن يعفى الوصى من تقديمه أياً كانت قيمة أموال القاصر .

انتهاء الوصاية :

عرض المشرع فى قانون الولاية على المال لحالات انتهاء الوصاية ولعزل الوصى ووقفه .

حالات انتهاء الوصاية :

تنتهى الوصاية على القاصر فى الحالات الآتية :

(١) « ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه» (م ١/٤٧) فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد ، تنتهى الوصاية عليه حتى ولو بلغ هذا السن غير رشيد . حيث يلزم لاستمرار الوصاية عليه فى هذه الحالة ، أن يطلب من المحكمة ذلك قبل بلوغ هذا السن . ولكن إذا انتهت الوصاية ببلوغ سن الرشد فعلاً وكان القاصر غير رشيد ، فإن ذلك لا يمنع من اتخاذ إجراءات الحجر عليه وفقاً لنص المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال .

(٢) « بعودة الولاية للولى » (م ٢/٤٧) فقد تسلب الولاية من الولى أو يحد منها أو توقف كما رأينا من قبل ، وفى هذه الحالة إذا تأكدت المحكمة من زوال دواعى السلب أو الحد أو الوقف ، أن تقضى بإنقضاء الوصاية وعودة الولاية للولى.

(٣) « بعزله أو قبول استقالته » (م ٣/٤٧) . فقد يشعر الوصى بعدم قدرته على القيام بأعباء الوصاية فيطلب من المحكمة إعفائه منها فتقبل إستقالته ، وقد تحكم المحكمة بعزل الوصى لسبب من الأسباب كما سنبيّن بعد قليل .

(٤) « بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر» (م ٤/٤٧) . فتنتهى الوصاية – بطبيعة الحال – بموت الوصى ، أو بموت القاصر . غاية الأمر انه فى حالة موت الوصى تنتهى وصابته بالذات ولكن يتعيّن تعيين وصى آخر .

وتنتهى الوصاية أيضًا بفقد أهلية الوصى أو ثبوت غيبته ، فالوصى يعد نائباً قانونياً عن الصغير فيجب أن يكون ذا أهلية كاملة ، فإذا فقد أهليته تعيّن إنهاء وصايته .

ولكن فقد الأهلية قد يرجع الى جنون أو عته وقد يرجع الى غير ذلك من الأسباب . فإذا كان الفقد يرجع الى غير الجنون أو العته ، فإن انتهاء الوصاية يستتبع صدور قرار من المحكمة بانتهائها ويكون الانتهاء من تاريخ صدور القرار

حيث تتحقق المحكمة من أسباب فقد الأهلية . أما إذا كان الفقد يرجع الى الجنون أو العته ، فإنه عندئذ تنطبق أحكام القانون المدنى - وبإعمال هذه الأحكام تنتهى ولاية الوصى من وقت جنونه أو عتهه ، وعلى ذلك يكون القرار الصادر من المحكمة بانهاء وصايته قراراً كاشفاً وليس منشئاً ، وبناء على ذلك تكون تصرفات الوصى الذى فقد أهليته لجنون أو عته باطلة من وقت الجنون أو العته لا من وقت صدور الحكم بالحجر عليه إذا كانت حالة الجنون والعته شائعة أو كان الطرف الآخر الذى تعاقد مع الوصى على بيّنة منها .

وأخيراً فإنه إذا ثبتت غيبة الوصى ، فإنه يتعيّن على المحكمة أن تقرر إنتهاء الوصاية على مال القاصر ، وذلك دون حاجة الى إشتراط مضى سنة على الغيبة ، حيث يتطلب هذا الشرط فقط عند اقامة وكيل عن الغائب .

عزل الوصى :

قضت المادة ٤٩ من قانون الولاية الى المال بعزل الوصى فى الحالات الآتية :

أولاً : «إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقاً للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه » .

سبق أن بيّنا أسباب عدم صلاحية الوصى للتعيين ، وهذه الأسباب تعد شروط إبتداء وبقاء للوصاية . وإذا قام سبب منها ، إستوجب ذلك عزل الوصى ، حتى ولو كان هذا السبب قائمًا وقت تعيينه ولم تتبيّنه المحكمة ، إذ لو كانت قد تبيّنته لكان ذلك مانعاً من تعيينه فى الوصاية إبتداءً .

ثانيًا : « إذا أساء الإدارة أو أهمل أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر» . فيحكم بعزل الوصى إذا أساء أو أهمل فى إدارة أموال القاصر ، أو ارتبكت شؤونه المالية على نحو ينذر بافلاسه أو بالخسارة ، أو وجدت له مصلحة فى منشأة تتنافس مع المنشآت الصناعية المملوكة للقاصر مثلاً . والأمر فى تقدير مدى خطورة بقاء الوصى للمحكمة تستظهره حسبما يتكشف لها من أسلوب ادارة الوصى لمال القاصر ومدى ما يبذله من عناية فى رعاية أمواله ومصالحه .

وقف الوصى :

قضت المادة ٤٨ من قانون الولاية على المال بأنه « إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته امرت المحكمة بوقفه » . ويتبيّن من هذا النص أن الوقف لمن تولى مهام الوصاية

مبناه توافر الأسباب الجدية للعزل من الوصاية كإساءة الإدارة أو الإهمال فيها ، أو قيام عارض من عوارض الأهلية كسفه او غفلة مثلاً . وقد يحتاج الأمر الى فترة زمنية للتحقق من توافر مثل هذه الأسباب الجدية وقد يخشى على مصالح القاصر وأمواله ومن ثم يستدعى ذلك وقف الوصى .

ولا شك فى أن لمحكمة الموضوع أن تقرر الأسباب التى تبرر هذا الايقاف ، فإذا امرت به وجب عليها ان تقيم وصياً موقتاً - طبقاً لنص المادة ٣٢ من قانون الولاية على المال - كما ان للمحكمة ان تأمر الوصى الذى أوقفته - إذا لم يكن الوقف راجعاً بطبيعة الحال لقيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته - بأن يعاون الوصى المؤقت فى أى عمل ترى أن من المصلحة ان تستمر المعاونة فيه الى أن ينتهى .

النتائج المترتبة على انتهاء الوصاية :

(١) تقضى المادة ٥٠ من قانون الولاية على المال بأن « على الوصى خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر الى القاصر متى بلغ سن الرشد أو الى ورثته أو الى الوصى المؤقت على حسب الأحوال، وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال » .

(٢) وقضت المادة ٥١ من قانون الولاية على المال بأنه « إذا مات الوصى أو حجر عليه أو إعتبر غائباً ، التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب » .

ويلاحظ فى إلتزام وارث الوصى ، التفريق بين ما يتصل فيه بتسليم مال القاصر الذى كان فى يد وصيه ووثائق الوصاية ، وما يتصل فيه بالمسؤولية عن وجود هذا المال أو عن الحساب ، فوارث الوصى المتوفى يلتزم التزامًا مطلقًا بتسليم ما يوجد من أموال القاصر ووثائق الوصاية ويسأل مسؤولية شخصية عن إتلافه أو تبديده أو ضياعه ، ولكنه لا يُسأل عما يكون واجبًا فى ذمة مورثه من جراء مسؤوليته عن التقصير أو الخيانة أو الحساب إلا فى حدود ما يؤول اليه من مال المورث دون زيادة ، ولا يرجع عليه على أساس هذه المسؤولية فى ماله الخاص.

(٣) تقضى المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال بأنه « يكون قابلاً للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا

صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار اليه فى المادة (٤٥) » .

وقد وضع المشرع هذا الحكم درءاً لكل تأثير يقع من الوصى على القاصر . «وقد روعى فى الحكم المتقدم أن من الواجب أن يتاح للقاصر الذى يرشد فرصة معقولة لدراسة موقفه من الوصى والاطلاع على الحساب والاسترشاد برأى ذوى الخبرة ، إذ أن كل ورقة تصدر منه فى هذه الفترة تعتبر أنها وليدة الاستهواء أو الضغط من جانب الوصى أو النزق أو قلة الخبرة من جانب القاصر أو من هذه الأمور مجتمعة ، أما بعد مضى هذه الفترة فتخالص الرشيد لا يحمل إلا على أنه تروى فى أمره وصدر فيه عن خبرة وبيّنة ، وبديهى أن البطلان فى هذه الحالة لا يقع بقوة القانون فهو بطلان نسبى قصد منه الى حماية مصلحة الرشيد فلا يترتب أثره إلا بناء على طلبه . وهذا البطلان وإن بنى على فكرة الاستغلال أو عيوب الرضا فى مضمونها الواسع إلا أنه يستقل عن الجزاءات المشابهة التى تقررت بنصوص خاصة فى القانون المدنى » .

(٤) وأخيراً تقضى المادة ٥٣ من قانون الولاية على المال بأن « (١) كل دعوى للقاصر على وصيه أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو رفع الحجر أوموت القاصر أو المحجور عليه . (٢) ومع ذلك فإن إنتهت الوصاية أو القوامة بالعزل أو بالاستقالة أو الموت فلا تبدأ مدة التقادم المذكورة إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة ».

يراعى أن التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة السابقة قد قرر تلافياً لإطالة أمد النزاع بين القاصر والوصى ، وهو تقادم لا يتناول إلا الدعاوى الشخصية التى تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة ، كالدعاوى التى ترفع على الوصى أو القيّم للمطالبة بتعويض عن سوء إدارته ، أو المطالبة بتقديم حساب عن الوصاية أو القوامة ، أو حساب جزئى خاص بأمر اغفله من الحساب الذى تقدم به.

أما الدعاوى الأخرى كدعاوى المطالبة برد الأموال التى يبقيها الوصى أو القيّم فى يده بعد إنقضاء الوصاية سواء كانت عقارات أم منقولات ،وكالدعاوى الخاصة بالمطالبة بالمبالغ التى تخلفت فى ذمة الوصى أو القيّم بعد تقديم الحسابات ، والدعاوى الخاصة بتصحيح خطأ مادى فى الحساب ، فتخضع جميعها الى القواعد العامة فى التقادم لأنها ليست متعلقة بأمور الوصاية .

ويراعى أن التقادم الخمسى يبدأ من وقت إنتهاء الوصاية أو القوامة ببلوغ القاصر سن الرشد رشيداً أو برفع الحجر أو بموت القاصر أو المحجور عليه ، أما مجرد الإذن للقاصر والمحجور عليه بالإدارة فهو لا يعتبر من صور إنتهاء الوصاية أو القوامة ، وعلى ذلك لا تسقط دعاوى القاصر على الوصى حتى فى حدود الإدارة إلا بانقضاء خمس سنوات من تاريخ إنتهاء الوصاية أو القوامة على النحو المتقدم .

(ثانيًا) الولاية على مال المحجور عليه

القوامة

اشرنا من قبل الى أن المحكمة تقوم بتعيين قيّماً على من يحجر عليه لسفه أو غفلة أو لجنون أو عته . وفى هذا الصدد تقضى المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال بأن « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيّمًا لإدارة أمواله وفقًا للأحكام المقررة فى هذا القانون .

فالقيّم هو من يتولى الاشراف على مال الشخص الذى يقوم به عارض من عوارض الأهلية ، فهو نائب عن المحجور عليه يصدر بتعيينه قرار من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال . مع مراعاة ان القيّم على المحكوم عليه تعيّنه المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها محل اقامته إن لم يكن المحكوم عليه قد اختار قيّماً ، على نحوما رأينا .

والقيّم يعد كما قلنا نائبًا قانونياً عن المحجور عليه ، ويقصد بهذه النيابة صيانة اموال المحجور عليه وإستثمارها فى الوجوه التى تعود عليه بالحظ والمنفعة. وقد يكون القيّم عامًا أو خاصاً أو مجرد قيّم خصومة وقد يكون مؤقتاً أو دائماً وأيضاً قد يكون واحداً وقد يتعدد ، كما هو الشأن فى الوصاية وطبقاً لما تقضى به المادة ٧٨ من قانون الولاية على المال .

لمن تكون القوامة ؟

قضت المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال بأن « تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة » . ولقد عرضت هذه المادة لأولوية الصالحين للقوامة على أساس صلتهم بالمحجور عليه وما يغلب فيه من العناية

بمصالحه ، وأنه قصد من الترتيب الوارد بها الى تقييد المحكمة فى الاختيار فعليها ان تبدأ بالأبناء وعند التعدد تعيّن أصلحهم ، فإن لم تجد بينهم من تتوافر فيه شروط الصلاحية المنصوص عليها فى المادة ٦٩ عهدت بالقوامة للأب ، فإن لم يكن أهلاً لها عهدت بها الى الجد وإلا فإلى من تتوافر فيه شروط الصلاحية من غير هؤلاء .

وفى شأن الشروط الواجب توافرها فى القيّم ، قضت المادة ٦٩ من قانون الولاية على المال بأن « يشترط فى القيّم ما يشترط فى الوصى وفقاً للمادة ٢٧ ومع ذلك لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البندين ١ ، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الابن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك » . ومفاد هذا النص أنه يشترط فى القيّم أن يكون عدلاً كفؤاً ذا أهلية . أما مفهوم الاحالة الى نص المادة ٢٧ ، فمعناه أنه يجوز للمحكمة أن تعهد الى الابن أو الأب أو الجد ، حتى ولو سبق أن حكم عليهم فى جريمة مخلة بالشرف أو النزاهة أو حكم بالافلاس على أحدهم ولم يرد اليه اعتباره ، بالقوامة . والحكمة من تخويل المحكمة هذه الرخصة لتباشرها فى ضوء ما تتبيّن من ظروف القيّم أنها قد ترى أن الابن أو الأب أو الجد ، أولى من غيره بالقوامة رغم سبق صدور حكم من الأحكام المشار اليها من قبل ، وقد ترى غير ذلك ، ومرجع الفصل هو ظروف كل حالة بخصوصها . وهذا الاستثناء المشار اليه ، لا ينصرف إلا الى الابن والأب والجد فقط دون غيرهم من القامة .

وأخيراً قضت المادة ٧٨ من قانون الولاية على المال بأن « يسرى على القوامة... الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصّر ، ويسرى على القامة الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » ، ومفاد هذا النص أن القيّم يخضع لذات القواعد المتعلقة بسلطات الوصى وحقوقه وواجباته ، وكذا القواعد الخاصة بعزله ووقفه ، وإنتهاء مهمته ، وأيضاً القواعد الخاصة بمحاسبته وتقادم الدعاوى المتعلقة بالوصاية . غير أن هذه القواعد السابقة لا تسرى على القوامة إلا بالقدر الذى تتلاءم فى أحكامها مع طبيعتها .

ومثال ذلك انه لا يمكن تطبيق الحكم الخاص بانتهاء الوصاية فى الصورة المتعلقة بعودة الولاية الى الولى بعد سلبها أو وقفها أو الحد منها ، على القوامة لما تقدم بيانه من أن الولاية لا تعود على المحجور عليه ، حيث لا يعتبر الأب أو الجد ولياً عليه وإنما كل منهما قد يعيّن قيّماً . وإذن فالحكم السابق لا يتلاءم مع طبيعة القوامة ، فلا مجال لتطبيقه بشأنها ...

(ثالثاً): المشرف

بيّن قانون الولاية على المال أحكام الاشراف فى المواد من ٨٠ الى ٨٣ فنعرض لهذه الأحكام .

شروط تعيين المشرف :

قضت المادة ٨٠ من قانون الولاية على المال بأن « يجوز تعيين مشرف على الوصى ولو كان مختاراً وكذلك مع القيّم والوكيل عن الغائب » .

فالمحكمة هى التى تعيّن المشرف ولا تعيّنه إلا إذا توافرت الشروط الواجب توافرها فى الوصى السابق عرضها . ويتأكد هذا المعنى من مفهوم الإحالة الوارد فى المادة ٨٢ والتى أخضعت المشرف فيما يتعلق بتعيينه لذات الأحكام التى تسرى على النائب أو الوكيل ، والنائب إما أن يكون وصياً أو قيّماً .

سلطات المشرف وواجباته :

تقضى المادة ٨١ من قانون الولاية على المال بأن « يراقب المشرف النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب فى إدارته وعليه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه اليها .

وعلى النائب أو الوكيل إجابة المشرف الى كل ما يطلبه من ايضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال .

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب الى المحكمة اقامة نائب أو وكيل جديد ، والى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر » .

١- فبالنسبة لسلطة المشرف ، فإن مهمته تنحصر فى الرقابة والتوجيه فقط دون أن تتجاوز ذلك الى حد الاشتراك فى إدارة أموال ناقص الأهلية أو عديمها . وله فى سبيل مهمته أن يطالب من عيّن للاشراف عليه بكل الايضاحات اللازمة عن إدارة الأموال حتى يتمكن من اداء واجبه فى الرقابة والتوجيه . كما له الحق فى فحص الأوراق والمستندات الخاصة بإدارة هذه الأموال .

كما يدخل فى سلطة المشرف أيضًا القيام – ومن تلقاء نفسه – بمباشرة الأعمال العاجلة التى يكون فى تأجيلها ضرر ، وذلك كبيع المحصول الزراعى ،

والطعن فى الأحكام وذلك فى الحالات التى يخلو فيها مكان النائب أو الوكيل الى أن يعيّن نائب أو وكيل جديد .

٢- أما بالنسبة لواجبات المشرف فهى تتمثل أساساً فى :

(أ) يتعيّن على المشرف أن يبلغ محكمة الأحوال الشخصية أو النيابة بكل أمر تقتضى المصلحة رفعه اليهما ، كما لو تبيّن للمشرف أن النائب أو الوكيل سىء الإدارة . فعليه ابلاغ المحكمة بذلك .

(ب) كما يتعيّن على المشرف ، إذا خلا مكان النائب أو الوكيل ان يطلب الى المحكمة اقامة نائب أو وكيل جديد . ويلاحظ أن هذا الواجب لا يلتزم به المشرف فى حالة استقالة النائب أو الوكيل أو عزل ايهما ، إذ يكون الأمر بشأنهما معروض على المحكمة التى يتعيّن عليها أن تستبدل بهما غيرهما ولو لم يطلب المشرف ذلك .

عزل المشرف :

يخضع المشرف - فى شأن عزله - لأحكام المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال ، فيحكم بعزله :

١- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للإشراف ولو كان هذا السبب قائماً عند تعيينه .

٢- إذا أساء أو أهمل فى عمله المتعلق به قانوناً أو أصبح خطراً على مصلحة القاصر أو ناقص الأهلية أو عديمها أو الغائب .

استقالة المشرف :

وللمشرف أن يستقيل من مهمته ولكن هذه الاستقالة لا تعفيه من مسؤوليته عن عمله المكلف به قانوناً . ولا بد من صدور قرار من المحكمة بقبول الاستقالة ، حيث أن مهمة المشرف لا تنتهى إلا بقبول استقالته .

أجر المشرف :

الأصل أن يكون الاشراف بغير اجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب المشرف أن تعيّن له اجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معيّن على نحوما رأينا فى شأن الوصى .

مسؤولية المشرف عن تقصيره :

يخضع المشرف من حيث مسؤوليته عن تقصيره فى مهمته لذات الأحكام التى يخضع لها من عيّن للاشراف عليه .

انتهاء الاشراف :

تقضى المادة ٨٣ من قانون الولاية على المال بأن « تقرر المحكمة إنتهاء الاشراف إذا رأت زوال دواعيه » .

فالمحكمة هى صاحبة الولاية والتقدير فى شأن بقاء الاشراف أو إنهائه لزوال الأسباب التى دعت اليه . كما تنتهى مهمة المشرف بانتهاء الولاية على المال سواء ببلوغ القاصر سن الرشد أو الحكم برفع الحجر عن المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذى الغفلة أو بموت أيهم أو بتقرير إنتهاء الغيبة . ولكن إذا تم عزل المشرف فليس معنى ذلك انتهاء الاشراف ، فقد ترى المحكمة لأسباب تقدرها ، أن تعيّن غيره لمواصلة مهمة الاشراف .

المطلب الخامس

الموطن (Le Domicile)

التعريف بالموطن :

الموطن لغة هو المكان الذى يقيم فيه الشخص ويستوطنه . وفى نطاق القانون نجد استعمالاً للفظ الموطن فى شتى مناحيه وأقسامه ، ففى القانون الدولى الخاص يطلق اصطلاح الموطن ويراد به الدولة التى يقيم فيها الشخص بصفة مستمرة وبنية الاستقرار فيها ، بحيث إذا تركها كانت لديه نية الرجوع اليها . ولذا يقال أن هذا الشخص متوطن فى الدولة المصرية أو فى الدولة اللبنانية أو الفرنسية وهكذا .

وفى القانون الدستورى نقرأ كثيراً اصطلاح « الموطن السياسى » ويقصد به المكان الذى يباشر فيه الشخص حقوقه السياسية وعلى الأخص حق الانتخاب .

وفى نطاق القانون الخاص « للموطن » معنى وأهمية وضرورة .

فقد رأينا أن « الحالة » تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة وبالنسبة للأسرة، وأحياناً الى الدين ، ورأينا ايضًا أن الاسم هو الذى يحدد الشخصية القانون للإنسان ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص .

والأصل ان لكل شخص مكان يجد نفسه مشدوداً اليه ، إما بحكم علاقاته العائلية ، أو بسبب اعماله ومصالحه ، أو بحكم العادة ، وهو يقطن عادة فى هذا المكان ولا يتركه إلا الى حين وبنية الرجوع اليه . لذلك فإن هذا المكان أو الموطن يمكن أن نعده مقراً للشخصية القانونية .

ويراعى أن استقرار الشخص فى هذا المكان يؤدى الى تأمين الروابط والعلاقات القانونية والقضائية بينه وبين الغير . ذلك أنه إذا خضعت هذه الروابط للتغيير ، كلما خطر لهذا الانسان تغيير مكانه وموطنه . فقدت هذه الروابط استقرارها ، وأصبح فى امكان الشخص أن يتهرب من مطالبات الغير له ويفلت من قبص أصحاب الحقوق ، ولذلك يعنى القانون بتنظيم أحكام الموطن ويفرض على كل شخص أن يكون له موطناً قانونياً ، أى مكان يعد موجوداً به على الدوام سواء وجد فيه بالفعل أو لم يوجد وذلك من أجل ممارسة حقوقه والقيام بتصرفاته القانونية .

ولكن ليس معنى ما تقدم أنه يشترط لصحة الأعمال القانونية أن تتم فى مكان معيّن ، أصلاً . فالموطن ليس هو المكان الذى « يجب » أن يباشر الشخص فيه أعماله ، وإنما هو المكان الذى « يفترض » فيه أن الشخص يباشر فيه أعماله ، فإذا أراد الغير أن يفى به بحق أو كان للغير أن يتحصل منه على حق وجب على هذا الغير أن يتصل له فى « هذا المكان » ليفى له بالحق ، أو يستوفى منه فيه الدين . فالقانون يجعل الاتصال بالشخص فى موطنه منتجاً لأثره القانونى ، ولو لم يكن هذا الشخص حاضراً فيه بالفعل وقت هذا الاتصال .

ويمكن بعد هذه المقدمة أن نعرض للتعريف القانونى للموطن .

فهو طبقاً لنص المادة ٤٠ من القانون المدنى « المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » .

ويعرفه القانون الألمانى بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص بصورة مستمرة . أما القانون المدنى الفرنسى فيعرفه - فى المادة ١٠٢ منه - بأنه المكان الذى يكون لكل فرنسى فيه مركز أعماله الرئيسى (Principal établissement) . وقد يحدث أن يكون مركز الأعمال الرئيسى ومحل الاقامة واحداً . أما فى حالة كون المرء مقيماً فى مكان ويعمل فى مكان آخر ، فعلى القاضى أن يحدد أيهما يعتبر المركز الرئيسى أى الموطن .

هذا ويفرّق الفقه الفرنسى بين محل الاقامة الدائم domicile ومحل الاقامة الواقعى résidence والمسكن habitation . فمحل الاقامة الدائم هو مركز الشخص القانونى أو هو مقر لشخصيته القانونية ،وهى على حد تعريف الأستاذان أوبرى ورو ، عبارة عن « علاقة دائمة قائمة قانوناً بين شخص ومكان معيّن ، وأن الغاية

من خلق هذه العلاقة القانونية هى إعطاء صفة الدوام والاستمرارية الى المكان الذى يقيم فيه الشخص بغية إجراء الاعلانات والتبليغات الرسمية اليه أو اجراء بعض الأعمال القانونية كممارسة حق الانتخاب وإجراء عقد الزواج » .

من كل ما تقدم نستطيع أن نقول أن الموطن « هو المقر القانونى للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعتبر موجوداً فيه على الدوام ولو تغيّب عنه بصفة مؤقتة ، أو هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، إما لإقامته فيه ،حتى ولو تغيّب عنه لفترة ،وإما لوجود مركز أعماله الرئيسى فيه بحيث يعتبر مقراً أو مقاماً قانونياً له .

أهمية الموطن :

راينا أن الموطن هو المكان الذى يفترض أن الشخص يباشر فيه أعماله القانونية ، وأنه المكان الذى يمكن مخاطبة فيه هذا الشخص بشأن هذه الأعمال . ومعنى ذلك ان الموطن انما يتحدد قانوناً لمصلحة الشخص نفسه ولمصلحة الغير كذلك .

وتبدو اهمية الموطن فى نواحى كثيرة ، أهمها :

١- فى القانون المدنى ، القاعدة أن الوفاء بالالتزامات التى لا يكون محلها شيئًا معيناً بالذات ، أى تلك التى يكون محلها شيئاً من المثليات كالنقود ، يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (مادة ٢/٣٤٧) .

٢- كما تقضى المادة ٢٥٠ من القانون المدنى بأن يكون شهر إعسار المدين بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب المدين نفسه او طلب أحد دائنيه .

٣- كما يقضى القانون التجارى الجديد بضرورة اتخاذ اجراءات الافلاس أمام المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها موطن تجارى للمدين . فإذا لم يكن له موطن تجارى كانت المحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها محل اقامته المعتادة.

٤- أن قانون المرافعات يقضى بأن الأوراق المطلوب اعلانها الى الشخص ، كالاعلان او الانذار أو صحيفة الدعوى او غيرها من الأوراق التى يكون لها اثر قانونى ، تسلم الى الشخص نفسه أو فى موطنه .

٥- كما يقضى قانون المرافعات بأنه فى الدعاوى المتعلقة بحقوق شخصية او بمنقولات ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه .

٦- كما يستلزم القانون على سبيل الاستثناء مباشرة بعض العقود فى محل الاقامة ، فعقد الزواج مثلاً يجب أن يتم فى وثيقة رسمية أمام المأذون الذى يقع فى دائرته محل إقامة الزوجة ، والطلاق يجب أن يوثق صدوره أمام المأذون الذى يقع فى دائرته موطن الزوج .

كيفية تحديد الموطن : التصوير الواقعى والتصوير الحكمى للموطن :

اختلفت الشرائع فيما بينها فى تحديد الموطن وذهبت فى ذلك مذهبين ، فبعضها يأخذ بتصوير واقعى للموطن ، أما البعض الاخر فيأخذ بتصوير حكمى له .

فالتصوير الواقعى للموطن ، فيعنى أن يتحدد الموطن بالمكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، وبذلك ترتبط الفكرة القانونية للموطن ارتباطاً وثيقاً بفكرة واقعية quid facti هى الاقامة الفعلية residence لذلك يعرف الموطن طبقًا لهذا التصوير بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

ويترتب على الأخذ بفكرة التصوير الواقعى للموطن النتائج الآتية :

١- أنه طالما كانت الاقامة المعتادة المستقرة هى المناط فى تحديد الموطن ، لزم من ذلك انه إذا لم يكن هناك ثمة محل مستقر يقيم فيه الشخص على وجه الاعتياد، فلا يكون له موطن ، ومثال ذلك البدو الرحل الذين لايستقرون فى مكان معيّن .

٢- أنه طالما ارتبط الموطن بمحل الاقامة الفعلية ، وكان من الممكن أن يكون الشخص مقيمًا فعلاً فى اكثر من مكان ، فإنه يترتب على ذلك أن يكون لهذا الشخص اكثر من موطن .

أما التصوير الحكمى للموطن ، فهو يفصل بين الموطن والاقامة ، فيعتبر الموطن هو المكان الذى يوجد فيه المقر الرئيسى لأعمال الشخص ومصالحه ، لا المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

ويلاحظ أن الفصل بين الموطن والاقامة فى هذا التصوير إنما يرجع الى إختلاف عناصر كل منهما إختلافاً جوهرياً يصعب معه الجمع بينهما فى فكرة واحدة ، ففكرة الموطن يغلب فيها الاعتبار الحكمى فى حين يغلب الاعتبار الواقعى

على فكرة الاقامة . » فأساس فكرة الموطن عوامل معنوية Spirituels ، ليس لها وزن مادى ، توجد فى الشعور العام ، ولا يمكن أن نصرف النظر عنها فى تحديد موطن الشخص . أما الاقامة فهى على الضد من ذلك ذات أساس مادى Concret هو الاستمرار المادى Permamnence matériells لشخص فى مكان معيّن . فلا جرم لم يكن التمييز بين الموطن والاقامة – فى هذه الطريقة – تمييزاً مصطنعًا ، فليس من النادر حالة الشخص الذى تكون اقامته العادية فى مكان بينما يكون المركز الرئيسى لأعماله فى مكان آخر ، لا سيما فى ظروف الحياة الحديثة حيث قصّر من طول المسافات تقدم المواصلات وازدياد سرعتها . لذلك لم يكن الموطن هو حيث يقيم الشخص عادة ، وانما حيث يوجد مركز أعماله . حقيقة ان الموطن يكون حيث تكون الاقامة الفعلية ولكنه مع ذلك لا يختلط بها . لذلك لا ينبغى وفقًا لهذه الطريقة البحث عن مكان اقامة الشخص ، بل ينبغى البحث عن مركز نشاطه ، ومركز مصالحه وهو المصنع بالنسبة لرجل الصناعة ، والمتجر بالنسبة للتاجر،والمكتب بالنسبة لرجل الأعمال .

ويرجع تفضيل (مركز النشاط) فى هذه الطريقة ، على مكان الاقامة الفعلية الى أن الأول ان لم يكن مركز الحياة المادية فهو على الأقل مركز الحياة القانونية وفيه يستطيع الغير أن يجد الشخص أو يجب أن يجده . لذلك تفترض هذه الطريقة افتراضاً لا يقبل اثبات العكس أن الشخص يوجد حيث يوجد مركز أعماله ولو كان الواقع يخالف هذا الافتراض ، كما لو كان الشخص يقيم فى الحقيقية فى مكان غير المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . وبذلك يمكن تعريف الموطن فى هذه الطريقة بأن المركز الشرعى المنسوب للانسان والذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ما عليه ويعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لم يكن حاضراً فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها » .

ويترتب على الأخذ بفكرة التصوير الحكمى للموطن ما يلى من نتائج :

١– أنه يجب أن يكون لكل شخص موطن ، حيث لا بد من اتصال الشخص بموطن ، لأن الموطن فى هذا التصوير هو محل الشخصية القانونية ، فإن لم يكن له موطن خاص به فله موطن أبائه الذى اكتسبه بالميلاد ولو كانت قد انقطعت العلاقات المادية بينه وبين ذلك الموطن .

٢– ويترتب على التصوير الحكمى للموطن ايضاً ، ان الشخص لا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد . فوجه الافتراض فى هذا التصوير، منوط بالمركز

الرئيسى للأعمال ، وإن الشخص وإن كان له عدة مراكز للأعمال فلا يمكن أن يكون كل منها مركزاً رئيسياً ، بل لا بد أن يكون واحداً منها فقط هو الذى يعتبر مركزاً رئيسيًا ، وعلى ذلك تكون وحدة الموطن هى النتيجة اللازمة لوحدة المركز الرئيسى .

تقدير التصورين :

هذان هما التصويران المتقابلان اللذان يتحدد بهما الموطن ، طريقة التصوير الواقعى التى تربط الموطن بالمكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، وطريقة التصوير الحكمى التى تفصل بين الموطن ومكان الاقامة وتربطه بالعمل الرئيسى ، فتحدد الموطن بالمكان الذى يكون فيه المركز الرئيسى لعمل الشخص والذى يعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لم يكن حاضراً فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها .

الواقع أن التصوير الحكمى ، برغم ما يحققه من فوائد ثبات الموطن نتيجة لعدم تغير مركز الأعمال إلا فى نادر الأحوال بخلاف محل السكن والاقامة الدائم التغيير ، مبنى على الافتراض . وهذا الافتراض قد يطابق الحقيقة فى بعض الأحوال ، حيث يكون من الواضح أن للشخص مركزاً رئيسياً لأعماله يقوم فيه باستيفاء ماله ووفاء ما عليه . ولكنه يصبح عسيراً فى العصر الحديث الذى كثرت فيه الأعمال وتشعبت المصالح بحيث يصعب فى كثير من الأحيان التعرف على المركز الرئيسى من بينها . ولذلك ينتهى هذا التصوير الى نتائج غير مقبولة فى العمل ، بافتراضه وحدة الموطن رغم ما قد يتحقق فى الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يحققه هذا الافتراض من تضليل الغير حسن النية ، وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص واضطراره فى سبيل ذلك الى إنكار الواقع والقول ببقاء الشخص محتفظاً بموطنه الأصلى ، عند انعدام المركز الرئيسى لأعماله ، رغم انقطاع كل صلة به ، ورغم وجود أشخاص ليس لهم فى حقيقة الأمر والواقع أى موطن حتى ولا موطن أصلى يكونوا قد اكتسبوه عن أبائهم كالبوهيميين .

أما التصوير الواقعى للموطن ، فهو يمتاز بالبساطة والوضوح ، حيث لا افتراض فيه ، وإنما هو يربط الموطن بمكان الاقامة العادية للشخص وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ، كما أن تحديده من السهولة بمكان ، فإذا تعددت محال الاقامة تعددت بالتالى مواطن الشخص .

موقف القوانين المختلفة من التصورين :

١- لم يكن القانون الرومانى يفصل بين الموطن والاقامة ، فكان الموطن حيث يقيم الشخص ، ويدل على ذلك أن كلمة Domicile ومعناها الموطن ، مشتقة من Domus ومعناها منزل السكن . ولقد كان الشخص فى القانون الرومانى من الممكن أن يكون له أكثر من موطن ،كما يمكن الا يكون له موطن . وهذا هو التصوير الواقعى للموطن .

٢-وفى الشريعة الاسلامية الغراء ، أخذ فقهاء الشريعة بالتصوير الواقعى للموطن ، فلقد جاء فى « بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع » للكاسانى نقلاً عن الفقيه أبى أحمد العياض انه « يجوز أن يكون الموطن الأصلى واحداً او أكثر من ذلك، بأن كان له أهل ودار فى بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة ، حتى أنه لو خرج مسافراً من بلدة فيها أهله ودخل فى اية بلدة من البلاد التى فيها اهله فيصير مقيماً من غير نية الاقامة » .وبناء على ذلك عرفت المادة ٢١ من لائحة المحاكم الشرعية الموطن بأنه «البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة» وكذلك ايضًا فعل القانون العثمانى الصادر فى ٥ شوال سنة ١٣٣٢ هجرية – وقد كان هذا القانون مطبقاً فى لبنان – حيث عرف الموطن بأنه « النفوس الموجودة تعتبر صنفان الأول يضم المقيمين والثانى يشمل المسافرين ، فمكان المحل المتولدون فيه أو الذين جعلوه وطناً فيما بعد يعتبرون مقيمين ، وأما الساكنون فيه مؤقتًا لشغل كتحصيل علم أو مامورية او صنعة أو تجارة فيعتبرون مسافرين » .

٣- كذلك أخذ القانون المدنى الألمانى بطريقة التصوير الواقعى فى تحديد فكرة الموطن ، فنص فى المادة السابعة منه على أن موطن الشخص يوجد حيث تكون إقامته ، وبذلك ربط الموطن بالاقامة الفعلية ، ثم رتب على هذا التصوير الواقعى النتيجتين المعروفتين وهما : (أ) إمكان تعدد الموطن ، فقال أن الشخص يمكن أن يكون له فى وقت واحدة عدة مواطن (م ٢/٧) (ب) إمكان إنعدام الموطن حيث قضى فى المادة (٢/١٠) بأنه إذا لم يكن للزوج موطن أو لم يكن للزوجة موطن عند زواجها جاز أن يكون لها موطن مستقل .

٤- أما القانون الفرنسى فقد نص على أحكام الموطن فى المواد ١٠٢ وما بعدها من القانون المدنى . ويفهم من هذه النصوص ، أن القانون الفرنسى يفرّق

بين الموطن ومحل السكن ، ويقرر ان لكل شخص موطناً واحداً ، ولكنه يعتمد فى تعيين موطن الشخص على المركز الرئيسى لأعماله Son principal établissement ، وهو المكان الذى تتركز فيه جميع أعمال الشخص والذى يعتبر الشخص أنه يدير فيه كل مصالحه مهما تشعبت وامتدت فروعها الى أمكنة أخرى .

ولما كان للموطن – فى القانون الفرنسى – أبلغ الأثر فى شأن تحديد اختصاص المحاكم بالنسبة الى الأشخاص ، فقد اظهر العمل ان التمسك بمبدأ وحدة الموطن قد يؤدى الى نتائج غير مقبولة فى هذا الخصوص . فاضطرت المحاكم منذ أمد بعيد الى الاعتراف بتعدد موطن الأشخاص المعنوية بادئة بشركات السكك الحديدية ، فاعتبرت ان لها موطناً فى كل جهة تكون لها فيها محطة رئيسية ، ثم عممت ذلك على غيرها من الشركات والأشخاص المعنوية ، فظهرت من هذا المسلك نظرية المحطات الرئيسية Théoie des gares principales حيث قصد بهذه النظرية إعفاء عملاء الشركات الكبيرة من ضرورة مقاضاتها أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها مركز الشركة الرئيسى .

كما تبيّن للمحاكم الفرنسية أن هناك اشخاصًا يقيمون فى جهات غير الجهات التى فيها موطنهم ، ولكن يبدو للغير أنهم متوطنون فى الجهات التى يقيمون فيها ، فيرفعون عليهم الدعاوى أمام محاكم هذه الجهات غير عالمين أن هذه المحاكم ليست هى المختصة بهم ، فتكون هذه الدعاوى معرضة للحكم فيها بعدم الاختصاص ، فرأت المحاكم رغبة منها فى حماية المدعيين حسنى النية ، أن تحكم باختصاصها كلما كان المدعى عليه يبدو أنه متوطن فى دائرتها ، ولو كان موطنه الحقيقى فى جهة أخرى ، فابتدعت لهذا السبب نظرية الموطن الظاهر La domicile apparent ، وتسمح هذه النظرية بالتقريب بين الموطن ومحل السكن وتؤدى بأن يكون للشخص اكثر من موطن واحد تبعاً لعدد الجهات المختلفة التى يبدو أنه متوطن فيها .

« وقد أقر الفقه الفرنسى هذا القضاء ، رغم افتقاره الى سند قانونى ، ورأى فيه محاولة من المحاكم للتخلص من مبدأ وحدة الموطن ، ذلك المبدأ العتيق الذى اصبح لا يتفق مع الواقع ، وللتقرب من إتجاه الشرائع الحديثة التى اعترفت بالواقع وربطت الموطن بمحل السكن وأجازت تعدده » .

تحديد الموطن فى التقنين المدنى :

لم يرد فى التقنين المدنى القديم نصًا يعرّف الموطن ويحدده ، ولكن ورد تعريف للموطن فى هامش المادة الثالثة من قانون المرافعات الأهلى والمختلط بأن «الموطن هو المركز الشرعى المنسوب للإنسان ، الذى يقوم فيه بإستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لم يكن حاضراً فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها ، وأنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » .

وظاهر من هذا النص أن المشرع لا يعتد بمحل الاقامة فى تحديد الموطن ، إذ أن الموطن قد يكون الشخص غائباً عنه فى أغلب الأحيان كما ورد فى النص ، فالموطن بهذا المعنى هو المركز الرئيسى لعمل الشخص ، وبهذا يكون المشرع القديم قد أخذ بالتصوير الحكمى للموطن . كمااختلفت المحاكم حول وحدة الموطن أو جواز تعدده . وأخيراً قضت محكمة النقض وفى ظل التقنين المدنى القديم - بأن الموطن كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ما عليه . ومعنى هذا القضاء أنه قد غلب الأخذ بالتصوير الواقعى للموطن وأجاز أن يكون للشخص موطن فى محل إقامته وآخر فى محل عمله .

ثم صدر القانون المدنى الجديد ليعمل به ابتداء من عام ١٩٤٩ ، وانحاز التقنين المدنى الجديد الى جانب التصوير الواقعى للموطن فمعرفه فى المادة (١/٤٠) بأنه « المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » .

ولقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى تعليقاً على هذا النص ما يلى :

« الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، ومجرد الوجود أو السكن فى مكان لا يجعل منه موطناً ما لم تكن الاقامة مستمرة فيه . وإذا كان المشروع قد جعل من الاقامة الفعلية أساساً للتصوير الذى اتبعه ، إلا أنه عنصر الاستقرار ضرورى لتوافر معنى النوطن . ولا يقصد بالاستقرار اتصال الاقامة دون انقطاع ، وانما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة .

ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أن الشخص قد لا يكون له موطن ما .

ومن هذا القبيل البدو الرحل الذين لا يقر لهم قرار فى مكان معيّن . والثانية أنه يجوز أن يكون للشخص اكثر من موطن ويتحقق ذلك إذا كان الشخص بقيم اقامة معتادة فى الريف وإحدى المدن معاً . أو كانت له زوجتان يقيم مع كل منهما فى مكان منفصل عن مكان الأخرى .

وأضافت المذكرة الايضاحية قولها أن التصوير الواقعى يستجيب للحاجات العملية ويتفق مع المبادئ المقررة فى الشريعة الاسلامية » .

ومفاد ما تقدم أن القانون المدنى يأخذ بالتصوير الواقعى للموطن ، حيث لا يفرّق بين الموطن ومحل الاقامة العادية ، ولذلك كان من المنطقى أن يرتب على هذا التصوير نتائجه الطبيعية وهى امكان إنعدام الموطن وجواز تعدده ، فلذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٠ مدنى بأنه « يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد اكثرمن موطن ، كما يجوز الا يكون له موطن ما » .

وبناء على ما تقدم فإنه إذا تعددت مواطن الشخص أمكن مخاطبته فى أى موطن منها .ولكن ما الحكم إذا انعدم الموطن بالنسبة لشخص معيّن ؟ . لقد ضربت المذكرة الايضاحية مثالاً على ذلك بالبدو الرجل ، وأضاف البعض أمثلة أخرى منها حالة الشخص الذى ترك موطنه بأن قطع اقامته فيه . وقصد عدم الرجوع اليه ، وخرج ساعيًا وراء موطن جديد ولم يهتد بعد الى ذلك الموطن الجديد، وحالة المشردين الذين ليست لهم حرفة ثابتة وليس لهم قرار فى مكان معيّن . وبالنسبة لهؤلاء الأشخاص يرى فريق من الفقه (كما يذهب اليه أيضاً بعض التشريعات الأجنبية) انه لا مناص من الاعتداد بمكان وجودهم بدلاً من الموطن ، حيث لا موطن لهم .

ويلاحظ أن المادة ١٣/ ١٠ من قانون المرافعات وفى شأن اعلان أوراق المحضرين تقضى بأنه « إذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج وتسلم صورتها للنيابة ...» كما تقضى المادة ٦١ مرافعات بأنه « إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولامحل اقامة فى الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل اقامته ، فإن لم يكن له موطن ولا محل اقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة » .

أنواع الموطن

أولاً : الموطن العام Le domicile général

(١) الموطن العام الإرادى :

الموطن العام هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، وسمى عاماً لأن الشخص يباشر فيه كل حقوقه وتصرفاته المدنية على العموم ، كما يمكن تسميته كذلك بالموطن الحقيقى على أساس الاقامة الفعلية وتمييزاً له عن الموطن الحكمى الذى ينفصل عن الاقامة الفعلية .

وللموطن العام عناصر، وفى شأن تحديد هذه العناصر ، تذهب نظرية حديثة – فى هذا الصدد – الى أن النية التى تكون عند الشخص فى البقاء فى مكان على وجه الاستمرار لا تلعب دوراً اساسياً فى تحديد الموطن ، وترى أن الأجدى هو استبدال عنصر الاستقرار Stabilité بعنصر النية ومن ثم تكون عناصر الموطن هى الاقامة والاستقرار . وحجج هذه النظرية تتلخص فى الآتى :

«١– أنه لا مراء فى أن كثيراً من الأشخاص يمضون كل حياتهم أو جلها فى نفس المكان دون أن تخطر لهم فى بال فكرة البقاء فيه ، مما يترتب عليه جواز التشكك فى وجود عنصر النية فى حالات يكون فيها وجود الموطن مؤكداً لا ريب فيها .

٢– ثم أن كثيراً من انصار النظرية التقليدية يقولون بوجوب الاكتفاء بالنية كما تظهر للغير من خلال الظروف الخارجية البادية لهم ، وذلك لحماية الغير – والاكتفاء بالنية كما تظهر للغير ، قول فيه تناقض ظاهر ، فالنية تقدّر على ما هى عليه عند صاحبها لا كما تظهر للغير ، فإن كان ثمة عنصر يحتكم فيه الى رأى الغير فهو الاستقرار .

٣– ثم أن المحاكم السويسرية ، وقانونها ينص على عنصر النية ،كانت تعتبر سويسرا موطناً للاجىء الحرب ، فكيف يمكن التوفيق بين هذا القضاء ، وبين اشتراط نية البقاء إذا كان هؤلاء اللاجئون عندهم لا محال نية العودة الى موطنهم الأصلى عندما تضع الحرب أوزارها ؟ فثبت بذلك وجوب الاستغناء بعنصر الاستقرار عن عنصر النية » .

ويبدو أن القانون المدنى يأخذ بهذه النظرية الحديثة فى تحديد عناصر الموطن .

يدل على ذلك أن القانون المدنى لدينا قد اغفل اشتراط عنصر النية فى تحديد الموطن . كما أن المذكرة الايضاحية تقول بأن « مجرد الوجود أو السكن فى مكان لا يجعل موطنًا له ما لم تكن الاقامة مستقرة فيه ...» ذلك « أن عنصر الاستقرارضرورى لتوافر معنى التوطن » يدل كل ذلك على أن مشرعنا يأخذ بالنظرية الحديثة . ولذلك تتحدد عناصر الموطن فى القانون بأنه الاقامة والاستقرار.

العنصر الأول :

الاقامة أو الوجود الفعلى أو السكن فى مكان ما ، فلم يعتد المشرع فى تحديد الموطن بالمركز الرئيسى لأعمال الشخص ولا بمحل ميلاده .

العنصر الثانى :

هو الاستقرار ومعناه الا تكون الاقامة وقتية ، على أنه « لا يقصد بالاستقرار اتصال الاقامة دون انقطاع ، وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة » . ولكن إذا كانت استقرار الإقامة تعنى استمرارها ، فلا يجب ان يفهم من ذلك انها يجب أن تستمر فعلاً . فاستمرار الاقامة فى مكان ما يدل على أن الاقامة مستقرة . وهناك فرق واضح بين استقرار الاقامة كفكرة وبين استمرارها . فيكفى لكى تكون الاقامة مستقرة أن يكون هناك من القرائن والأدلة ما يجعلها قابلة للإستمرار ولو لم تستمر فعلاً . ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن تكون الاقامة مستقرة ، أن تزول بعد وجودها بقليل لظروف طارئة . ومن ناحية أخرى ، فالاقامة قد لا تكون مستقرة رغم استمرارها فترة زمنية كبيرة ، إذا اقترنت بظروف يبعدها عن معنى الاستقرار . ولذلك فإن مرور الزمن على الاقامة لا يعد شرطاً لاكتساب الموطن ، فقد ينشأ الموطن ثم يزول بعد وقت قليل ولا يمنع من اعتبار انه كان موجوداً أن يزول بعد وجوده بوقت يسير . ومفاد ما تقدم انه يكفى لاستقرار الاقامة ان تكون قابلة للاستمرار ولو لم تستمر فعلاً .

« على أن هذا لا يمنع بداهة من اعتبار الاستمرار الفعلى دليلاً على استقرار الاقامة لأنه إذا كانت القابلية للاستمرار ، تكفى لتحقيق استقرار الاقامة ولو لم تستقر فعلاً فأولى لتحقق هذا المعنى أن تستمر الاقامة فعلاً بشرط أن تكون للاقامة من الظروف ما يجعلها قابلة للإستمرار ، ويتفرع على عدم اعتبار مرور

الزمن شرطاً لاكتساب الموطن انه إذا غيّر الشخص موطنه فإنه يكتسب الموطن الجديد دون اشتراط مضى مدة ما عليه فى هذا الموطن الجديد . فإذا كان لشخص موطن فى القاهرة استبدل به موطناً فى الاسكندرية ، فإنه يكتسب موطنه فى الاسكندرية فوراً دون أن يشترط أن يمضى على وجوده بالاسكندرية مدة سنة أو ستة أشهر أو أقل أو أكثر مادامت لها من الظروف والخواص ما يدل على قابليتها للاستمرار » .

ويترتب على ما تقدم ما يلى من نتائج :

(١) يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن (م ١/٤٩ مدنى) . فطالما كانت العبرة هى بالاستمرار فى الاقامة فى مكان معيّن ، فمن المتصور أن يكون للشخص موطنان ، مثال ذلك أن يكون للشخص اقامة معتادة فى الريف أو فى احدى المدن ، أو أن يكون له زوجتان يقيم مع كل منهما فى مكان مختلف عن المكان الذى يقيم فيه مع الأخرى .

ففى حالة التعدد فإن كل موطن يعتبر موطناً عاماً بالنسبة للشخص لكل شؤونه القانونية ، فلا يختص موطن بنوع معيّن من الأعمال ، وموطن ثان بنوع آخر من هذه الأعمال . فإذا كان الشخص مقيماً فى القاهرة والاسكندرية معاً ، فإن كل من المدينتين تعتبران موطناً له ، فيصح اعلانه بالأوراق القضائية فى القاهرة عن أى نزاع قد يثور فى الاسكندرية والعكس صحيح .

(٢) يجوز الا يكون للشخص موطناً ما ، وهذا ما يحدث بالنسبة للبدو الرحل – كما قلنا من قبل – حيث يتخلف عنصر استمرار الاقامة فى مكان معيّن. وقد سبق أن تعرضنا لهذه المسألة وبيّنا حكم القانون فيها .

(٣) يجوز للشخص أن يغيّر موطنه بمحض ارادته ، وذلك بتغيير اقامته من مكان الى آخر يستقر فيه ، ولا يخضع هذا التغيير لأية اجراءات .

(٢) الموطن العام القانونى أو الالزامى Le domicile légale :

إذا كان الموطن كما رأينا يتحدد بالاقامة المعتادة ، فإن الأصل فيه هو أن اختياره يرجع الى ارادة الشخص ، ولذلك كان الأصل أن يكون الموطن العام اختيارياً .

ومع ذلك فيرد استثناء على هذا الأصل ، حيث يجعل القانون لبعض الأشخاص موطناً عاماً الزامياً لا دخل لارادتهم فى اختياره ، فالقانون يفرضه عليهم دون اختيارهم .

والأشخاص الذين فرض عليهم القانون هذا الموطن العام القانونى أو الالزامى هم الأشخاص عديمو الأهلية وناقصيها والمحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية من جنون أو عته وسفه وغفلة ، واضاف القانون اليهم أيضًا المفقود والغائب . فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون ، نظراً لصغر سنهم أو عوارض أهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم ، موطناً الزاميًا هو موطن من ينوب عنهم قانوناً . فقد نصت المادة ١/٤٢ مدنى على أن «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود الغائب هو موطن من ينوب عنهم قانوناً » .

فالقاصر موطنه القانونى هو موطن أبيه أو جده (وليه الشرعى) أو موطن وصيه، والمجنون والسفيه وسائر المحجور عليهم موطنهم حيث يقيم القيّم عليهم ، وموطن الغائب والمفقود هو موطن الوكيل عنهما .

فى كل الأحوال المتقدمة لا يتحدد الموطن بمحل اقامة الشخص ، بل يتحدد بمحل اقامة من ينوب عنه قانونًا . وبهذا لا يكون الموطن فى هذه الحالة موطناً واقعيًا وإنما يكون موطنًا حكميًا وهكذا الحكم فى كل الشرائع حتى ما أخذ منها بالتصوير الواقعى فى تحديد الموطن .

ويراعى أن الأشخاص الذين فرض عليهم القانون موطناً الزاميًا هم من عددهم القانون ، فلا يضاف اليهم أشخاص أخرون ، ومن ثم فهؤلاء وحدهم هم الذين لهم موطن الزامى ، أما ما عداهم من الأشخاص فيتحدد موطنهم باختيارهم، أى بالمكان الذى يقيمون فيه عادة . وبناء على ذلك فليس للزوجة - فى القانون المصرى - موطن الزامى وانما يتحدد موطنها تحديداً اراديًا بمحل اقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب هو أن تكون مقيمة مع زوجها فى مكان واحد ، كان موطنها هو موطن هذا الزوج ، ليس باعتباره موطناً الزاميًا ، انما موطناً عامًا اختياريًا حيث يعتبر محلاً لاقامتها العادية . ومع ذلك فلا يتحتم دائمًا أن يكون موطنها هو موطن زوجها ، بل قد يكون لها موطن أخر ، إذا كانت اقامتها المعتادة - لسبب من الأسباب - فى غير محل الاقامة المعتادة لزوجها . وبالمثل أيضاً ليس للخادم موطن الزامى هو موطن مخدومه ، وإنما يتحدد موطنه بمحل اقامته المعتادة سواء فى نفس مسكن المخدوم أو فى مسكن أخر مستقل .

وأخيراً يجب مراعاة ، أن تحديد الموطن الالزامى انما يرجع - كما رأينا - لانعدام أو نقص الأهلية أو الغيبة أو الفقد . ولذلك يرتهن بقاء الموطن الالزامى ببقاء السبب الداعى الى تقريره ، ولذلك إذا بلغ القاصر سن الثامنة عشرة فى القانون ،

امكن أن يكون له - بالنسبة للأعمال التى له حق مزاولتها - موطن يختاره هو لمزاولة هذه الأعمال .

ثانياً : الموطن الخاص Le domicile spécial

قلنا أن الموطن العام هو المقر القانونى للشخص بالنسبة لكافة أعماله ومعاملاته ونشاطه بصفة عامة ، ومع ذلك فقد يوجد للشخص الى جانب موطنه العام ، موطناً خاصاً لبعض اعماله وعلاقاته القانونية وذلك بقصد التيسير على هذا الشخص وعلى المتعاملين معه .

والموطن الخاص على ثلاثة أنواع :

(١) الموطن التجارى أو الحرفى (موطن الأعمال) :

تقضى المادة ٤١ مدنى بأن « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة الى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » .

فالشخص الذى يحترف تجارة أو صناعة يكون له موطنان : موطن خاص بأعمال تجارته أو صناعته ويكون فى المكان الذى يقع فيه المتجر أو المصنع وحيث تتركز فيه المعاملات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الصناعة او الحرفة . وموطن عام يتحدد بمحل اقامته المعتادة ويكون بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى التى لا تتعلق بتجارته أو صناعته او حرفته .

وموطن الأعمال لا يقوم إلا عند احتراف الشخص لتجارة أو صناعة أو حرفة ، وعلى ذلك لا يكون للموظف أو الطالب مثلاً موطن للأعمال وموطن عام آخر .

(٢) موطن القاصر المأذون ومن فى حكمه :

قلنا - فيما سبق - أن القانون يحدد الموطن العام لناقص الأهلية تحديداً ملزماً ، بأن جعله موطن من ينوب عنه قانوناً . وذلك أن الأعمال القانونية - كما رأينا - التى تهم القاصر يباشرها عنه نائبه ، ومن ثم فهو يخاطب قانوناً فى شخص نائبه .

أما إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، فإنه يجوز له أن يؤذن فى مباشرة بعض الأعمال القانونية بنفسه ، وهى تلك المتعلقة بإدارة أمواله (م ١١٢ مدنى) فيكون القاصر بالنسبة لهذه الأعمال كامل الأهلية ، وان ظل ناقصها أو قاصرها

فيما عداها من الأعمال . ولذلك وبالنسبة للأعمال المأذون له بها ، تنعدم الحكمة من فرض موطن الزامى عليه . ولذلك قضت المادة (٤٢/٢) مدنى بأن « يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها » .

فالقاصر المأذون له بالادارة – ومن فى حكمه من المحجور عليهم – يكون له الى جوار موطنه العام (وهو موطن الزامى كما راينا) موطن خاص بالنسبة لأعمال الإدارة التى أذن له فى مباشرتها . وهذا الموطن الخاص يتحدد تحديداً ارادياً من جانبه سواء بمحل اقامته المعتادة ، وهذا هو الأصل ، أو بمحل مباشرة ما يكون مأذوناً فيه من تجارة أو صناعة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معيّن يكون أهلاً لمباشرته .

(٣) الموطن المختار Le domicile élu :

يقصد بالموطن المختار ، المكان – غير محل الاقامة المعتادة – الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معيّن ، سواء كان ذلك بمقتضى عقد يبرمه مع شخص أخر ، أو كان بإرادته المنفردة ، فهو المكان « الذى يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانونى معيّن ، كما إذا اختار مكتب محاميه موطناً له ، وكما يختار الدائن المرتهن موطناً له فى دائرة محكمة العقار عند قيد الرهن ، وكما إذا اشترى شخص ارضاً بعيدة عن موطنه واتفق مع البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع » .

وقد قضت المادة ٤٣ من القانون المدنى بأنه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معيّن » .

« واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى دون تأثر بتغيير محل اقامة ذوى الشأن ، أو تجنيب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين يقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ فى يد وكيل معيّن كمحام مثلا» .

والواقع أن الموطن المختار يختلف عن الموطن العام الحقيقى أو الواقعى . فالموطن الحقيقى يعد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثارها دون أن يتوقف هذا الترتيب على ارادة الشخص ، اما الموطن المختار فهو اعلان للإرادة يرتب القانون عليه الآثار التى قصدت الإرادة ترتيبها ، فتحديد الموطن المختار يعد تصرفاً قانونياً.

او هو تابع لعلاقة قانونية معيّنة . » غير أن هذه التبعية لا تمنع البتة هذا الاختيار من أن يعتبر تصرفاً قانونيًا ذا طبيعة مستقلة وتنظيم قانونى قائم بذاته . أما أنه ذو طبيعة مستقلة فلأنه تصرف قانونى من جانب واحد يكون كاملاً ونهائيًا بمجرد وصول اعلان الاختيار الى علم الشخص الآخر دون توقف على قبول هذا الأخير ، فى حين أن العمل القانونى الذى أُختير الموطن لتنفيذه قد يكون تصرفاً قانونيًا من جانبين أى عقد . أما ان له تنظيماً قائمًا بذاته فلأنه لا يجوز اثبات الموطن المختار إلا بالكتابة حتى ولو كانت الكتابة غير لازمة بالنسبة للعمل القانونى الأصلى ..» فتقضى المادة ٤٣ مدنى بأنه « لا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة » . وهذا حكم خرج فيه المشرع على القواعد العامة فى الاثبات ضماناً لاستقرار المعاملات .

والأصل ان يكون اتخاذ موطن مختار امراً جوازياً للشخص ، غير أن القانون قد يحتم على الشخص اختيار موطن مختار له فى حالات استثنائية ، من ذلك مثلاً ، ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد ، محلاً مختاراً فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه .

وينبغى مراعاة أن « الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى » . (المادة ٣/٤٣ مدنى).

ومفاد هذا النص أن تعيين موطن مختار للوفاء الاختيارى ، يكون أيضًا موطناً مختاراً للتنفيذ الجبرى . فإذا ما اتفق فى عقد البيع على اتخاذ المشترى موطناً مختاراً لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، كان هذا الموطن هو محل مقاضاته بشأن البيع واتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى قبله . هذا ما لم يقصر الموطن المختار صراحة على بعض هذه الأعمال دون الأخرى . أما اختيار موطن مختار لاجراء التنفيذ الجبرى أى للتقاضى ، فلا يجعل ذلك الموطن موطناً للوفاء الاختيارى .

ويلاحظ أن اختيار موطن خاص ليس سوى شرطاً مرتبطاً بالعمل الذى تم من أجله ، فهو يبقى الى أن يتم تنفيذ هذا العمل . فإذا مات من اختار الموطن قبل تنفيذ العمل، انتقل الموطن المختار الى ورثته ، شأنه فى ذلك شأن العمل القانونى الذى ارتبط به . وذلك بخلاف الموطن العام فإنه من خصائص الشخصية التى لا

تنتقل الى الغير . كما يلاحظ أنه إذا ما أريد تعديل هذا الموطن - وكان مقرراً بمقتضى عقد - لزم تراضى الطرفين على ذلك ، ولكن يجوز لأحد الطرفين الانفراد بتغييره إذا كان اختياره مقرراً لمحض صالحه وحده، أو لو يكن من شأن هذا التغيير الإضرار بالطرف الآخر ، طالما يتم اعلانه به » .

وينبغى مراعاة أنه « إذا أوجب القانون على الخصم تعيين موطن مختار فلم يفعل أو كان بيانه ناقصاً أو غير صحيح جاز اعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التى يصح اعلانه بها فى الموطن المختار . وإذا ألغى الخصم موطنه الأصلى أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح اعلانه فيه ، وتسلم الصورة عند الاقتضاء الى جهة الإدارة ...» (مادة ١٢ مرافعات) .

المطلب السادس

الذمة المالية Le Patrimoine

تعريف الذمة :

الذمة المالية - فى تعريف شائع لها - « هى مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية ، فى الحال والاستقبال » .

ويتبيّن من هذا التعريف أن ذمة الشخص المالية تقتصر على الحقوق والالتزامات المالية دون غيرها كما يتبيّن ايضاً أن هذه الذمة تتألف من جانبين :

جانب ايجابى L'actif هو مجموع حقوق الشخص المالية الموجودة فعلاً ، وكذلك الحقوق المالية التى ستتعلق به فى المستقبل (الأموال) .

وجانب سلبى Lr passif هو مجموع التزامات الشخص المالية (الديون) .

والذمة المالية إذا كانت تشمل العنصرين السابقين ، فهى تشملها حالاً ومآلاً أو حاضراً ومستقبلاً . فإذا لم تكن للشخص أو عليه حقوق مالية فى وقت معيّن ، فليس معنى ذلك أن ليس له ذمة مالية ، حيث لا يقتصر مفهوم الذمة المالية على الحاضر والمستقبل من الأموال والحقوق وانما يشمل ايضاً ما يستجد منها مستقبلاً . ولذلك شبهها البعض « بوعاء يحتوى على الحقوق المالية والديون ، فإذا وجد هذا الوعاء فى وقت ما فارغًا ، فإن هذا لا يخل بصلاحيته لتلقى ما يستجد لصاحبه من حقوق والتزامات مالية فى اى وقت أخر مادام صاحبه حياً واهلاً لأن يتعلق به هذا النوع من الحقوق والالتزامات » .

أو هى « محل أو ظرف اعتبارى مقدر فى الشخص تشغله الحقوق التى تتحقق عليه أو بتعبير آخر هى وعاء اعتبارى ، أو مستودع افتراضى فى الانسان ، لاستيعاب ما يترتب عليه ويثبت من ديون . فهى وإن كانت تتصل بالشخصية والأهلية اتصالاً وثيقًا ، بحيث لا توجد الذمة إلا حيث توجد الشخصية ، غير أن مفهومها ينفصل عن الأهلية بهذا التصور الاعتبارى كمطرح أو محل لاستيعاب الديون التى على الشخص أو حلولها فيها ، حتى تعارفوا على القول بأن الذمة مشغولة أو غير مشغولة بالدين كظرف أو وعاء يحمل هذه الديون ، بدل أن يقال هذه الشخصية مديونة أو مشغولة بالدين » .

وأيضًا إذا تنازل الشخص عن مجموع ما له من حقوق والتزامات مالية الى شخص آخر ، فإن هذا النزول لا يرد إلا على محتويات ذمته المالية فى وقت معيّن ، فلا يفقده هذا النزول ذمته ، ولا ينقل الى المتنازل له ذمة بالاضافة الى ذمته .

ويتضح مما تقدم أن الذمة المالية مرتبطة بالشخصية ، فالشخصية القانونية ليست سوى الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات . ومادامت الذمة المالية عبارة عن الحقوق والواجبات المالية ، فهى لا تكون إلا حيث تتحقق الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات ، أى أن الذمة المالية لا تقوم مستقلة بذاتها ، بل مستندة الى شخص معيّن ، فيجمع ما بين عناصرها المختلفة نسبتها جميعاً الى ذلك الشخص . ولذلك فمن الأدق أن يقال فى تعريف الذمة المالية انها صلاحية الشخص لأن تتعلق به الحقوق والالتزامات المالية .

وهذه الصلاحية تعد فى ذاتها صفة اعتبارية لا تقدر بمال ، وانما الذى يقوّم بالمال هو عناصرها أو ما يتعلق بالشخص من حقوق مالية له او عليه ، نتيجة لثبوت هذه الصفة له .

هذا ولقد تنازع تأصيل فكرة الذمة المالية عدة نظريات فى الفقه ، نعرض لها الآن لنتبيّن وجه الحقيقية فى هذا الشأن .

أولاً : نظرية الشخصية *Théorie de la personnalité*

نشأت هذه النظرية على يد الفقيهين الفرنسيين أوبرى Aubry ورو Rau . فذهبا الى القول بأن الذمة المالية ليست سوى الصلاحية لاكتساب الحقوق ونشأة الالتزامات ، وحيث تندمج فكرة الذمة المالية فى فكرة الشخصية ، فلم تعد الذمة المالية إلا الشخصية فى مظهرها المالى ، فهى الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات

المالية . وعلى أساس ادماج الذمة المالية فى الشخصية أقام أوبرى ورو نظريتهما فى الذمة المالية ، وهى نظرية استقرت فى الفقه الفرنسى بغير منازعة الى أوائل القرن العشرين ، فاستحقت وصف النظرية التقليدية .

فعلى أساس ادماج الذمة المالية فى الشخصية والنظر اليها بوصفها الشخصية فى مظهرها المالى ، استخلص أصحاب النظرية نتيجة منطقية حتمية ، وهى تطبيق خصائص الشخصية على الذمة المالية بوصفها مجموعة من الحقوق والواجبات المالية .

وقد رتبت النظرية التقليدية ، على هذا النظر النتائج الآتية :

(١) لكل شخص ذمة مالية :

فلا بد لكل ذمة مالية من أن تكون مستندة الى شخص ، فمادامت هى الجانب المالى للشخصية ، فلايتصور أن تكون هناك ذمة لا تستند الى شخص ، فلا يعلق وجود الذمة المالية على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه فى وقت معيّن ، فالطفل اللقيط العادى مثلاً ، وهو مجرد من كل حق أو التزام مالى ثابت له أو عليه ، تكون له ذمة مالية ، حيث العبرة فى وجود الذمة هى بتوافر الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية دون النظر الى اكتسابها أو التحمل بها فعلاً وحالاً ، وهذه الصلاحية متوافرة فى كل شخص .

(٢) لكل ذمة مالية شخص تستند اليه :

طالما كانت الذمة المالية هى الشخصية فى مظهرها المالى ، فلا يتصور إذن وجود ذمة مالية لا تستند الى شخص . فإذا كان لكل شخص ذمة مالية ، فلا بد أن يستتبع ذلك القول بوجود أن يكون لكل ذمة مالية شخص تثبت له وتستند اليه . فهى لا تثبت لغير الأشخاص ، ويستوى فى هؤلاء أن يكونوا أشخاصاً طبيعية ، أو اعتبارية .

(٣) الذمة المالية واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ :

لما كانت الشخصية لا تقبل التجزئة ، فمن المنطق ، مادامت الذمة المالية مندمجة فى الشخصية ، أن تقرر النظرية التقليدية ان الذمة المالية بدورها لا تقبل التجزئة ، بمعنى أنه يجب اخضاع كل الأموال والالتزامات التى للشخص أو عليه

لذات القواعد القانونية ، أى أن ذمة الشخص يجب أن تكون كتلة واحدة ، فلا يجوز أن تخضع بعض عناصرها لنظم قانونية تختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أمواله والتزاماته . ولا يطعن فى وحدة الذمة - فى هذه النظرية - خضوع بعض عناصرها لنظام قانونى مختلف ، حيث يعد ذلك محض إستثناء تحتمه إعتبارات خاصة .

(٤) عدم القابلية للانتقال من شخص الى آخر :

لما كانت الشخصية بطبيعتها لا تنتقل من شخص الى آخر ، فإن إدماج الذمة المالية فى الشخصية يقتضى منطقيًا القول بعدم قابلية الذمة للإنتقال من شخص الى أخر . ولكن نظام الميراث - فى القانون الفرنسى - يقوم أساساً على إنتقال ذمة المورث بحقوقها والتزاماتها ، الى الوارث ،ولتفادى التناقض بين النظرية ونظام الميراث إضطر أصحاب النظرية الى الالتجاء الى فكرة الإفتراض أو المجاز القانونى ، فقالوا ان شخصية الوارث إمتداد لشخصية المورث ، وإذن فليس فى الميراث إنتقال للذمة المالية من شخص الى أخر لأن الوارث والمورث شخص واحد .

(٥) الذمة المالية وحدة أو مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكوّنة لها :

طالما أن الذمة المالية هى الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ومادامت هى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فإنها لا تتكون من مجموعة فعلية قائمة من الحقوق الالتزامات المالية ، بل هى مجموعة إحتمالية لما يوجد للشخص منها حاضراً ومستقبلاً . فلا يتأثر وجود الذمة بوجود هذه العناصر وبأى تغيير أو تعديل يحدث فيها ، فهى كالوعاء المستقل فى وجوده عن وجود محتوياته . وبناء على ذلك لا يتصور التصرف فى الذمة المالية أو النزول عنها كوحدة ، وإنما يرد التصرف والنزول على عناصرها القائمة فى وقت معين .

نقد نظرية الشخصية :

(١) إن إعتبار الذمة مجرد صلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالإلتزامات المالية ، لا يضيف شيئاً جديداً إلى معنى الشخصية ، فالشخصية هى الصلاحية فى ذاتها . ولو إكتفى بإعتبار الذمة مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية ، دون الربط بينها وبين الشخصية ، لأمكن تصور وجود شخص بدون ذمة ، ومن ثم فلا يتحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية .

(٢) إن كون الذمة المالية لا بد من إستنادها إلى شخص فإن هذا لا يقتضى الأخذ بالتصور الذى جاءت به النظرية ، بل يكفى للوصول إلى ذلك أن تعتبر الذمة مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية . فالشخص هو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وهو ما يؤدى إلى ضرورة إستناد الذمة - باعتبارها مجموع من الحقوق والواجبات المالية - إلى شخص .

(٣) إن الخلط بين الذمة والشخصية ، دفع بأنصار النظرية التقليدية إلى القول بأن الذمة واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمم مالية متعددة . وما ذهبت إليه النظرية التقليدية فى هذا الشأن يخالف الواقع ولا يتفق مع أحكام القانون . فلا يوجد عقلاً أو منطقاً ما يمنع من تصور تعدد الذمة ، فقد تتخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بغرض معين تنشأ منها ذمة خاصة إلى جانب ذمته العامة .

والأمثلة على تجزئة الذمة المالية نتيجة تخصيص معين لبعض أموال الشخص كثيرة ، منها :

أ- أن تعيين مصف للتركة (م٨٧٦ مدنى وما بعدها) وهى جزء من ذمة الوارث المالية ، يترتب عليه إخضاعها لقواعد قانونية تختلف عن تلك التى تخضع لها بقية أمواله والتزاماته . فترتفع يد الوارث عنها برغم بقائها جزءاً من ذمته ، أى برغم بقائه مالكًا لأموال التركة ومديناً بديونها . فيتولى المصفى إدارة التركة وتصفيتها لسداد حقوق الدائنين ولا سبيل لهم إلى أموال الوارث الخاصة .

ب- وقد يستعمل مالك السفينة حقه فى ترك السفينة والأجرة - طبقًا للقانون البحرى - وذلك للتخلص من الالتزامات التى نشأت فى ذمته نتيجة لعقود أبرمها الربان أو بسبب تقصير إرتكبه الأخير فأضر بالغير ، ولا يترتب على الترك إنتقال ملكية السفينة للدائنين ، بل تظل جزءاً من ذمة المالك ، ولكنها تخضع لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أمواله ، فترتفع يد المالك عنها ويتولى الدائنون إدارتها تمهيداً لبيعها وإستيفاء حقوقهم من ثمنها ، كما تتحدد مسؤولة المالك عن تلك الالتزامات فلا يكون للدائنين أن ينفذوا بحقوقهم إلا على السفينة والأجرة دون غيرها من أمواله .

جـ- رأينا - من قبل - أن القاصر الذى بلغ السادسة عشرة ، يكون أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله الخاص من أجر أو غيره . وتقتصر أهليته فى التصرف على المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته دون أمواله الأخرى ، كما

يقتصر اثر التزاماته على هذا المال دون غيره .

د- قد يكسب شخص مالاً اشترط عدم التصرف فيه اشتراطاً صحيحاً (المواد ٨٢٣ ، ٨٢٤ مدنى) . وبمقتضى شرط المنع من التصرف يصبح ذلك المال ، وهو جزء من ذمة من إنتقل اليه ، خاضعاً لنظام قانونى يختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أمواله التى يجوز له التصرف فيها .

(٤) واخيراً فإن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة بإعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى أخر ، قد إصطدمت بنظام الميراث ، فاضطرت - فى سبيل تبرير إنتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة - الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث بحيث يكونان إما شخصاً واحداً حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، أو يكون الوارث شخصين ، شخصاً هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به ، حين لا يلتزم بسداد ديون المورث إلا فى حدود أموال التركة.

« وواضح ما فى كل ذلك من محاولة يائسة للتوفيق بين مبدأ عدم القابلية للإنتقال وبين نظام الميراث . ونظرية لا تستقيم نتائجها مع القانون الوضعى ، فى نظام من أهم نظمه وأكثرها تطبيقاً فى العمل وهو نظام الميراث، لا شك أنها نظرية تقوم على مقدمة خاطئة . هذه المقدمة هى إدماج الذمة المالية فى الشخصية » .

ثانيا : نظرية التخصيص أو ذمة الغرض

« ذهب بعض الفقهاء الألمان (وعلى رأسهم الفقيه برنز Brinz) الى أنه قد يوجد مجموعة من الحقوق والالتزامات يجمعها جميعاً غرض واحد خُصصت له بغير شخص تستند اليه . وقد أرادوا بذلك تفسير الأوضاع القانونية التى تنتج عن نشاط جماعى يؤثر فى مصالح مجموع من الأشخاص دون أن يُنسب الى شخص منهم بالذات . وذلك هو الحال فى الشركات والجمعيات والمؤسسات . فالحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة مستقلة عن حقوق والتزامات الأفراد المكوّنين لها أو المستفيدين منها . والجامع الذى يجمع بين هذه الحقوق والالتزامات ، فيستقل بها عن حقوق الأفراد والتزاماتهم ، هو الغرض المقصود من الجمعية أو الشركة أو المؤسسة . وبذلك توجد ذمة مالية تتكوّن من الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وتدور حول غرضها ، دون أن يمكن نسبتها الى الأفراد المكوّنين لها أو المستفيدين منها .

فهى ذمة مالية ، لا تستند فى وجودها الى شخص ما ، ويجمع عناصرها الغرض الذى خصصت له .

هذا وقد اقترحت هذه النظرية وذلك للاستغناء عن فكرة الشخص الاعتبارى. ذلك أن أنصارها يقصرون فكرة الشخصية القانونية على الشخص الطبيعى ، أى الانسان . أما الشركات والجمعيات والمؤسسات ، باعتبارها أشخاصًا ، انما تقوم فى نظرهم على أساس الافتراض أو المجاز ، وهم لذلك يرفضون نظرية الشخصية الاعتبارية ويقترحون نظريتهم للاستغناء عنها . فيرون إنه من الواجب بدلاً من الالتجاء الى الافتراض ، بدلاً من نسبة الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة الى شخص افتراضى لا وجود له ، من الواجب بدلاً من هذا أن نعترف بالحقيقة وأن نسلم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكوّن ذمة مالية لا تستند الى شخص ما ، بل تجمع عناصر وحدة الغرض الذى خصصت له.

وتترتب على هذه النظرية النتائج الآتية :

(١) إمكان وجود الذمة :

طالما أنه يكفى لوجود الذمة وجود مجموع من الحقوق والالتزامات المخصصة لغرض معيّن ، فليس بلازم إذن أن يكون هناك شخص تستند اليه الذمة . فقد توجد الذمة المالية دون أن تكون مستندة الى شخص . وهذا يغنى كما رأينا عن فكرة الشخصية المعنوية .

(٢) إمكان عدم وجود الذمة برغم وجود الشخص :

مادامت الذمة مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معيّن ، فإنه يمكن تصور وجود شخص ليس له حق وليس عليه التزام وبالتالى فلا تكون له ذمة مالية .

(٣) إمكان تعدد الذمة :

طالما أن الذمة المالية لا تندمج فى الشخصية وإنما تقوم على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معيّن ، فليس من المحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة، بل قد توجد له اكثر من ذمة ، فتتعدد ذممه بتعدد الأغراض التى تتخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته المالية . فللوارث مثلاً ذمتان ذمته الأصلية وذمة مورثه التى آلت اليه . بحيث تضمن حقوق كل ذمة ما يثقلها من ديون ، فلا يلتزم الوارث فى ذمته الخاصة بسداد ديون مورثه .

(٤) إمكان إنتقال الذمة :

مادامت الذمة المالية لا تستند الى شخص ، بل الى غرض تتخصص به عناصرها ، فإنه يمكن أن تنتقل الذمة من شخص الى آخر بالميراث أو بالتصرف ، فيشمل هذا الانتقال فى الحالين مجموع ما فى الذمة من حقوق والتزامات .

نقد نظرية التخصيص أو ذمة الغرض :

ذهبت نظرية التخصيص الى إمكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الأشخاص ، وهذه مقدمة غير مقبولة فى ظل القوانين الوضعية الحديثة ، حيث أن القاعدة فيها أن الحقوق والالتزامات لا توجد مستندة إلا الى شخص معيّن سواء اكان شخصاً طبيعياً او اعتبارياً . فالحقوق والالتزامات لا يكسبها - فى القانون الوضعى الحديث - سوى الأشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغى أن تكون الذمة - وهى مجموع من الحقوق والالتزامات المالية - خاصة بشخص معيّن .

كما أنه لا محل لهذه النظرية فى القانون . فقد أخذ هذا القانون صراحة بنظرية الشخصية الاعتبارية واتخذها أساساً للقواعد القانونية المنظمة للشركات والمؤسسات والجمعيات .

« وبصرف النظر عن موقف القوانين الوضعية ، فإن نظرية الشخصية الاعتبارية تفضل نظرية ذمة التخصيص ، فنظرية ذمة التخصيص تقصر عن تفسير كل ما لا يتصل بالنشاط المالى . كما تتميّز نظرية الشخصية الاعتبارية بأنها تمكن ، عند وضع القواعد القانونية الخاصة بالشركات والجمعيات والمؤسسات ، من إستلهام ما استقر من قواعد بشأن الشخص الطبيعى بدلاً من خلق قواعد جديدة من كل الوجوه . ذلك أنه مادام الشخص الطبيعى والشخص الاعتبارى نوعين من جنس واحد هو الشخص القانونى ، فمن المنطق أن تتفق القواعد المنظمة لنشاطهما القانونى فى الأصول العامة . هذا فضلاً عن أن نظرية الشخصية الاعتبارية لا تقوم على أساس الافتراض ... » .

والواقع أنه إذا كانت نظرية ذمة التخصيص منتقدة فى فكرتها الأساسية ، فإنها - مع ذلك قد أفادت فى تمييز بعض عناصر ذمة الشخص بإخضاعها لنظام قانونى خاص يكفل تحقيق الغرض الذى خصصت له . فقد رأينا أن هناك حالات تتجزأ فيها ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معيّنة ، كما هو الشأن فى حالة القاصر ، ومالك السفينة ، والتركة ، والشرط المانع من التصرف . فهذه الحالات جميعًا تجمعها فكرة واحدة ، ففيها نجد بعض أموال الشخص مخصصة لغرض خاص

يستوجب خضوعها لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقى ذمته المالية .

« فالقواعد الخاصة التى تخضع لها التركة بعد تعيين المصفى يبررها جميعاً أن المقصود هو سداد ديون التركة من أموالها قبل أن تُطلق يد الورثة فى التصرف فيها . وكذلك الحال فى السفينة إذا ما تركها صاحبها بغية تحديد مسؤوليته عن الالتزامات التى نشأت فى ذمته بسبب تقصير ربانها أو نتيجة للعقود التى عقدها، فإن إخضاعها لقواعد خاصة يبرره أن المقصود هو تخصيص السفينة دون غيرها من الأموال لسداد تلك الديون . والأموال التى يكسبها القاصر من عمله الخاص ، قد اراد المشرع أن يجعل منها ميداناً لتمرين القاصر للقيام بشؤون نفسه ، فأجاز له التصرف فيها وقصر مسؤوليته عما يعقده من التزامات فى حدود هذه الأموال دون غيرها . وأخيراً ، إذا اشترط المنع من التصرف ، فلا يكون الشرط صحيحاً إلا إذا كان مؤقتاً بمدة معقولة ومبنياً على باعث مشروع . كما لو اشترط البائع الذى احتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، الا يتصرف المشترى فى ملكية الرقبة طيلة مدة حق الانتفاع ، حتى لا يضطر للاحتكاك بمالك رقبة لا يعرفه . وكما لو اشترط الواهب منع الموهوب له من التصرف فى الشىء الموهوب حتى يبلغ سناً معيّنة ، حماية له من رعونته وتبذيره . ففى مثل هذه الأحوال يكون المقصود من شرط المنع من التصرف تحقيق مصلحة مشروعة جديرة بالحماية . والسبيل الى ذلك هو إقرار القانون للشرط المانع ، وذلك بإخضاع المال المبيع أو الموهوب لقواعد خاصة تتضمن قيداً يحد من سلطات المالك بحرمانه من سلطة التصرف ، فتُعدل القواعد العامة للملكية بالقدر اللازم لتحقيق المصلحة المصلحة المقصود من إشتراط المنع من التصرف ، ويتميّز بذلك هذا المال عن بقية الأموال الأخرى التى تدخل فى تكوين الذمة المالية .

وفى هذه الأحوال جميعًا ، لم تتميّز بعض أموال الشخص عن بقية ذمته المالية، إلا لأن المشرع قد اقر تخصيصها لغرض معيّن ، فأخضعها لقواعد خاصة تكفل لتحقيق هذا الغرض ، فتجزئة الذمة لا تتحقق بإرادة الفرد وحده . فللفرد أن يخصص ما شاء من أموال لأغراض خاصة ، ولن يكفى هذا لتجزئة ذمته . بل لا بد من نظام قانونى خاص يكفل تحقيق هذا الغرض . وتقدير ما إذا كان هذا الغرض الذى خصصت له بعض أموال الشخص يقتضى إخضاعها لنظام قانونى خاص يختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أمواله ، متروك للمشرع وحده . فالقواعد القانونية من وضع المشرع لا الفرد ، وليس للفرد أن يمنع

تطبيقها فى بعض الحالات إلا إذا أجاز المشرع ذلك .

ولذلك فلا يجوز للشخص فى غير الأحوال التى نص عليها القانون ، إذا خصص بعض أمواله لغرض معيّن ، أن يدعى أنه بهذا التخصيص قد أخضع تلك الأموال لقواعد خاصة . فلا يجوز لشخص خصص بعض أمواله للتجارة مثلاً ، أن يدعى أنه بهذا قد قسم ذمته الى قسمين منفصلين يخضع كل منهما لقواعد مختلفة ، بحيث لا يجوز لغير الدائنين الذين نشأت حقوقهم بمناسبة هذه التجارة أن ينفذوا بحقوقهم على الأموال المخصصة للتجارة ، كما لا يجوز للدائنين التجاريين أن ينفذوا بحقوقهم إلا على تلك الأموال دون غيرها . إذ لو صح هذا الادعاء لأدى الى انهيار الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادى القائم . ولذلك فمن المقرر فى القانون التجارى أن لكل دائنى التاجر أن ينفذوا بحقوقهم على المحل التجارى وعلى أمواله الأخرى بغير تفرقة ، وسواء كانت حقوقهم قد نشأت بمناسبة نشاطه التجارى أو بمناسبة نشاطه المدنى .

إن أحوال تجزئة الذمة - إذن - تجمعها جميعًا فكرة واحدة هى فكرة تخصيص مال من أمول الشخص ، أو بعض أمواله ، لغرض خاص اقتضى أن يخضع هذا المال أو هذه الأموال لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التى تنظم بقية ذمته » .

ثالثاً : النظرية الحديثة

يرفض أنصار النظرية الحديثة الربط بين فكرة الذمة المالية والشخصية على نحو ما فعلت النظرية التقليدية ، فهو لا يعتبر الذمة ناحية من نواحى الشخصية ، ولكنه يحتفظ من النظرية التقليدية بفكرة واحدة ، فهو ينظر الى الذمة المالية باعتبارها وحدة تفنى فيها عناصرها ، فهى مجموعة ذهنية مستقلة عن تلك العناصر ، لا تتأثر بالتغيرات التى تطرأ عليها . ولكن النظرية الحديثة تقف عند هذا الحد ، فلا تصل الى ادماج الذمة المالية بالشخصية ، وبالتالى لا تذهب الى تطبيق خصائص الشخصية على الذمة المالية .

« وهذه الوحدة التى تنظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية فى ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الحقوق وتلك الالتزامات من تغيّر مستمر ، هى جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذى يعبّر عنه عادة بأن للذمة كوحدة - كياناً مستقلاً عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغيّر » .

وعلى هذا النحو فالذمة المالية ليست حقيقية مادية وإنما هى صياغة قانونية تقوم على كونها مجموعة معنوية . وقد أريد بهذه الصياغة تفسير عديد من القواعد القانونية ، من أهمها حق الضمان العام للدائنين ، وانتقال التزامات المورث مع امواله الى الورثة . ولذلك نعرض لموقف النظرية الحديثة بشأن تفسير تلك القواعد :

(١) الضمان العام للدائنين Droit de gage général

يذهب أصحاب النظرية الحديثة الى القول بأن الضمان العام للدائنين ليس محله الأموال المملوكة للمدين فى وقت معيّن ، وانما محله ذمته المالية بوصفها مجموعة مستقلة عن تلك العناصر ، فلا يرد على عنصر معيّن من هذه العناصر. وبذلك لا يقف ضمان الدائن عند امواله المدين الحاضرة والمتحققة وقت نشوء الدين، وانما يمتد هذا الضمان الى أموال المستقبلة ، فيمكن للدائنين التنفيذ بحقوقهم ليس فقط على ما يوجد فى الذمة وقت نشأة حقوقهم وانما على ما يدخل فى هذه الذمة بعد ذلك . كما يكون للمدين حرية التصرف فى أمواله دون أن يكون لدائنيه التعقيب عليه فى ذلك إلا عن طريق اثبات غشه وبوسيلة الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين .

ولكن الا يخلو القول المتقدم من تناقض ؟ ذلك أن الذمة المالية تشمل الحقوق والالتزامات ، فكيف يمكن أن يقال ان التزامات المدين تضمنها حقوقه والتزاماته (اى ذمته) ؟

وقد حاول انصار النظرية الحديثة تفادى النقد المتقدم بقولهم ان محل الضمان العام هو الجانب الايجابى دون السلبى فى ذمة المدين .

• ومع ذلك ، فلا زال هذا التصوير محلاً للنقد . إذ ليس هناك ما يدعو الى خلق تلك المجموعة المستقلة التى لا تدرك إلا بالفكر وجعلها محلاً للضمان العام. فحق الضمان العام ليس إلا لفظاً يراد به التعبير عن حق الدائنين فى استيفاء حقوقهم جبراً عن المدين بالتنفيذ على أمواله . أى أنه تعبير عن عنصر المسؤولية،وهو أحد العنصرين المكوّنين للالتزام : المديونية والمسؤولية ، والالتزام بعنصرية علاقة بين شخصين . فحق الدائن لا يرد على شىء مملوك للمدين فى الحاضر أو المستقبل ، وإنما على عمله . وهذا الحق يخوّله الحصول جبراً على الميزة التى كان سيحصل عليها لو كان المدين قد قام اختياراً بما التزم به من عمل.

والتنفيذ على الأموال ليس إلا وسيلة او مظهراً لهذا الإجبار . ولا يتصوّر أنه يتحقق هذا الإجبار إذا حجز الدائن على شيء كان مملوكًا للمدين ثم تصرف فيه تصرفاً صحيحًا نافذاً ، ولكنه يتحقق على اى الأحوال إذا تم التنفيذ على مال مملوك للمدين وقت التنفيذ ولو لم يكن قد اكتسبه إلا فى تاريخ لاحق لتاريخ نشوء حق الدائن .

ويتضح من ذلك أن تفسير احتفاظ المدين - كقاعدة عامة - بحريته فى التصرف فى أمواله ، أساسه أن حق الدائن لا يرد على مال معيّن مملوك للمدين وانما على عمله . أما اقتصار حق الدائن فى التنفيذ على ما للمدين وقت التنفيذ ، وشموله كل ما يكون ثابتًا للمدين فى ذلك الوقت ولو كان قد اكتسبه فى تاريخ لاحق لتاريخ نشوء الالتزام ، فيفسره أن المقصود من التنفيذ هو استيفاء الدائن حقه من المدين جبراً عليه ، وهو ما يتحقق إذا ما تم التنفيذ على مال مملوك للمدين أياً كان تاريخ اكتسابه .

إن الدائن ، عندما يقوم بالتنفيذ على الأموال ، انما يفعل ذلك من خلال شخص المدين لأنه هو المسؤول عن الدين . فما تصرف فيه المدين من امواله تصرفاً صحيحاً نافذاً قد انقطعت صلته بشخصه ، فلا سبيل للدائن اليه . أما ما اكتسبه المدين من أموال بعد نشوء حق الدائن ، فللدائن ان ينفذ عليه لأنه مملوك لمدينه . فليس هناك ما يدعو الى ابتداع كائن معنوى نقحمه بين المدين والدائن . ليس هناك ما يدعو لأن نقول : ان الأموال تكون ضامنة للديون مادامت داخلة فى هذه المجموعة ذات الكيان المستقل التى تسمى الذمة المالية . يكفى أن نقول : ان الأموال ضامنة للديون مادامت مملوكة للمدين » .

(٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة

يذهب أنصار النظرية الحديثة الى أن اعتبار الذمة مجموعة مستقلة عن العناصر التى تدخل فيها هو الذى يفسر انتقال التزامات المورث مع امواله الى الورثة .

وقد انتقد هذا القول على اساس انه لا يبدو من الناحية المنطقية كيف يؤدى هذا الاعتبار الى انتقال التزامات المورث الى الورثة مع امواله . ان تصوير الذمة على هذا النحو ليس من شأنه أن يفسر انتقال التزامات المورث الى الورثة ، وانما يقوم هذا الانتقال على أساس من اعتبارات العدالة ومقتضيات الائتمان . فهذه الاعتبارات

والمقتضيات هي التي تدعو الى تحميل الوارث بالتزامات المورث ما دام أنه يتلقى اموال التركة بدون مقابل .

ولهذا كله يرى فريق من الفقه جدير بالتأييد « أن في الامكان الاستغناء عن النظر الى الذمة المالية باعتبارها مجموعة مستقلة عن عناصرها . فتفسير الضمان العام وانتقال الالتزامات الى الخلف العام يستند الى أسس أخرى تفضل فكرة الذمة المالية – كمجموعة مستقلة . إذ يعيب تلك الفكرة أنها تصطدم بالمنطق أحياناً (الضمان العام) ، وأنها لا تكفي تفسيراً أحياناً أخرى (الخلف العام والخلف الخاص) ، وأن من شأنها التعقيد في كل الأحيان» .

الخلاصة : اصطلاح « مالية الشخص » أدق من اصطلاح« الذمة المالية»

ينبغي ملاحظة أن اصطلاح الذمة المالية هو مصطلح منقول عن فقه الشريعة الاسلامية ، فماذا يعني هذا الفقه بذلك الاصطلاح ؟

يذهب الفقه الاسلامي الى أن « أهلية الوجوب هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، وملاك هذه الأهلية الذمة ، وهي خصوصية ميّز الله تعالى بها الانسان على غيره من سائر المخلوقات ، وجعله بها موضع التكليف دون غيره ، وهي ليست العقل وحده ، بل العقل يعتبر فيها هو وسائر القوى الانسانية، وبالجملة فالذمة هي خاصة من خواص الانسان ترجع الى تركبه من بدن ونفس ناطقة وعقل وقوى ظاهرة وباطنة على هيئته التي أقامه الخالق عليها ، وهي ثابتة للانسان لا تفارقه لحظة ما حتى تفارقه الحياة ، بل اعتبروها باقية حكماً بعد موته ، حتى يستوفي ماله ويخلص مما عليه من الحقوق الدنيوية ..»

ومعنى ما تقدم أن الذمة في الشريعة الاسلامية ليست إلا الشخصية وان الذمة هي مناط أهلية الوجوب . ولذلك فنحن نؤيد ما كتبه المرحوم الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم عندما قال أن « الذمة المالية ليست إلا مجرد لفظ تنحصر فائدته في اختصاره . فبدلاً من أن نقول « مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في وقت معيّن » . يكفي أن نقول « الذمة المالية للشخص » .

وحتى في هذه الحدود المتواضعة ، قد لا يكون تعبير « الذمة المالية » تعبيراً موفقاً ، إذ أن لفظ « الذمة » قد استعير من الشريعة الاسلامية ، و « الذمة » في الشريعة ليس إلا « الشخصية » . فهي كما يقول الشرعيون مناط أهلية الوجوب .

ولذلك كانت ترجمة كلمة Partimoine بلفظ « الذمة المالية » ترجمة غير موفقة ، إذ أن هذا اللفظ بذاته ، إذ فُسر بأصله فى الشريعة ، يفيد اعتناق النظرية التقليدية . ولا شك أن المشرع المصرى ، حين استخدم هذا اللفظ فى بعض نصوصه (م ٢/٥٣ مدنى) ، لم يكن ينصرف قصده الى شىء من ذلك .

ولما كان لفظ « الذمة المالية » قد استقر فى اصطلاح رجال القانون حتى أخذ به المشرع نفسه ، فقد يكون من العبث أن نقترح استبدال غيره به . ولكن يحسن بنا أن نسجل هنا أن المرحوم الأستاذ عبد العزيز فهمى ، الرئيس الأسبق لمحكمة النقض ، فى الترجمة العربية التى قدمها لمدونة جستنيان ، قد تجنب ، بإحساسه القانونى الرقيق ، أن يترجم كلمة Partimoine بلفظ « الذمة المالية » فاختار لها لفظاً أكثر ايجازاً وادق دلالة على المعنى المقصود ، وهو « المالية» ، فكتب مالية الشخص بدلاً من ذمته المالية» .

ومعنى ما تقدم أن اصطلاح الذمة المالية يعبّر عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية . فهو تعبير عن حقيقة مادية ، بحيث يمكن تصور شخصًا لا ذمة له إذا فرضنا انه ليس له حق أو عليه واجب ، ولا توجد الذمة إلا مستندة الى شخص ، ويمكن أن تنتقل من شخص الى أخر بالميراث أو الوصية ، كما يمكن أن تتجزأ إذا أخضع القانون مجموعاً معيناً منها لنظام خاص يختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أموال الشخص . كل ذلك إذا فهمت الذمة المالية على أنها مالية الشخص .

المبحث الثانى

الشخص المعنوى أو الإعتبارى La Personne Morale

المقصود بالشخص المعنوى أو الاعتبارى :

قلنا من قبل أن القانون إذا كان يعترف للانسان بالشخصية القانونية ، فليس صحيحاً أن من لم يكن انساناً لا يتمتع بالشخصية القانونية ، فقد تقتضى الضرورة الاعتراف ببعض الكائنات المعنوية او الاعتبارية (وتلك هى جماعات الأموال والأشخاص) وهى كائنات قانونية غير انسانية تتمتع بالشخصية القانونية .كما هو الحال فى شأن الجمعيات والمؤسسات ، وتسمى تلك بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية وسبب هذه التسمية أن هذه الكائنات لا يمكن ادراكها بالحس وإنما هى تدرك بالفكر .

فالأشخاص المعنوية ما هى إلا مجموعات من الأشخاص الطبيعية أو الأموال يجمعها غرض واحد ، ويكون لهذه المجموعة شخصية قانونية لازمة لتحقيق هذا الغرض منفصلة عن شخصية المكوّنين لها ، أو المنتفعين بها .

أهمية فكرة الشخص المعنوى أو الاعتبارى :

إذا كان القانون يعترف لمجموعات الأشخاص والأموال بالشخصية القانونية ، فما هى الفائدة التى يمكن أن تتحقق من هذا التصور أو ذلك الافتراض ؟

من المعلوم أنه مهما طالت حياة الانسان فإنها تقصر عن تحقيق غرض دائم مستمر ، بينما وجود شخص معنوى أو اعتبارى يضمن تحقيق هذا الغرض بشكل دائم . فوجود الشخص المعنوى أو الاعتبارى يستقل عن وجود الأشخاص الطبيعية المكوّنين له ، فتكون له حياة قانونية مستقلة لا يطرأ عليها هذا العارض المنهى للشخصية الطبيعية ، ألا وهو الموت . حيث لا يرتبط الشخص المعنوى فى وجوده وبقائه بوجود مؤسسيه ، فقد يتغيّر هؤلاء ، وقد يزيد عددهم أو ينقص ولكن الشخص المعنوى باقٍ كما هو لا يتغيّر .

وكذلك فإنه مهما بلغت قدرة الشخص الطبيعى المالية ، فإن هذه القدرة قد تعجز عن اقامة المشروعات الضخمة التى تتطلب استثماراً هائلاً من الأموال ، ولذلك فإن تجميع أموال عديدة من الأشخاص لتحقيق هذا الغرض يعد أقدر على تحقيقه واستمراره ومثال ذلك الشركات والمؤسسات .

كما أن وجود الشخص المعنوى يستتبع وجود حقوق وواجبات له تتميّز عن حقوق وواجبات الأفراد المكوّنين له ، حيث تصبح له ذمة مالية مستقلة عن ذمة هؤلاء ، وتكون أمواله مستقلة ومنفصلة عن أموالهم . ولذلك لا تختلط حقوق الشخص المعنوى والتزاماته مع حقوق والتزامات الأشخاص المكوّنين له . ولا شك أن هذه الفكرة لها من الفوائد ما يعمل على تشجيع انشاء الأشخاص المعنوية والاعتراف لها بالشخصية القانونية .

وتبدو هذه الفائدة واضحة فى النواحى الآتية ، فمثلاً إذا وجد دائن للشخص المعنوى ، فإنه لا يستطيع إلا أن يطالب هذا الشخص وينفذ عليه بدينه على أمواله ، ولا يستطيع أن يطالب أى شخص من الأشخاص المكوّنين له ، فتكون أموال هذا الشخص بعيدة عن متناول دائنى الشخص المعنوى . كما أنه إذا كان الأشخاص الطبيعيون المكوّنين للشخص المعنوى مدينون بديون خاصة وشخصية ، لم يكن لدائنيهم الحق فى الرجوع بهذه الديون على الشخص المعنوى ، حيث تكون أموال

الشخص المعنوى بعيدة عن سلطان دائنى الأفراد المكوّنين له .

ولا شك أنه فى ذلك تيسير كبير على المتعاملين مع الشخص المعنوى ، ذلك أن من يتعامل معه لا يصبح مديناً أو دائناً لكافة الأفراد المكوّنين له ، بل لشخص واحد هو الشخص المعنوى ، كما أن من شأن استقلال الشخص المعنوى عن هؤلاء الأفراد المكوّنين له ما يضمن له تحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله . ومن الفوائد أيضًا ، أنه إذا حدث وأراد شخص مقاضاة الشخص المعنوى ، فليس عليه إلا أن يقاضيه هو وحده فى شخص من يمثله ، ولولا الاعتراف بالشخصية المعنوية لوجب على هذا الشخص أن يقاضى كل فرد من المكوّنين للشخص المعنوى بما يحمل ذلك من مشقة وزيادة فى النفقات .

تنظيم الأشخاص المعنوية :

قبل صدور القانون المدنى الحالى ، لم يكن التشريع يتضمن نصًا يحيط بالأشخاص المعنوية ، ولكن القضاء اعترف بالشخصية القانونية للشركات ، وللجمعيات ، أما المؤسسات فلم يعترف لها بالشخصية القانونية إلا إذا اتخذت صورة الوقف .

ثم جاء القانون المدنى الجديد متضمناً تنظيماً عاماً يحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ويبيّن أنواعها المختلفة ، معترفاً لها بالشخصية المعنوية (مادة ٥٢) كما تضمن هذا القانون تنظيماً خاصًا لأهم الأشخاص المعنوية الخاصة وهى الجمعيات والشركات والمؤسسات . ثم أعاد المشرع تنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة عدة مرات الأولى بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، والثانية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ والثالثة بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ والرابعة والأخيرة بالقانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ . وكل ذلك فضلاً عن أحكام التنظيمات الخاصة ببعض الأشخاص المعنوية الأخرى وأهمها الشركات التجارية .

وفى الشريعة الإسلامية لم يعرف فقهها الشخصية الاعتبارية كنظرية عامة . ولكن تضمن هذا الفقه أحكام فرعية كثيرة لجماعات من الأشخاص ومجموعات من الأموال تفيد صلاحيتها للوجوب بها وعليها . من ذلك أن بين المال يجب له الجزية والخراج واللقطة وتركة من لا وارث له ، وتجب عليه نفقة الفقير الذى لا عائل له . وأن الوصية تجوز للمسجد أو المستشفى فيصبح مالكاً للعين الموصى بها . وأن جهة الوقف تملك المال الموقوف وتستدين وتختصم أمام القضاء . وهذا يعنى أن الفقه الإسلامى يأخذ بفكرة الشخص الاعتبارى حيث يخلع الشخصية القانونية على مثل هذه التكوينات .

أنواع الشخص المعنوى أو الاعتبارى :

تنص المادة ٥٢ من القانون المدنى بأن « الأشخاص الاعتبارية هى :

(١) الدولة وكذلك المديريات (المحافظات) والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

(٢) الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف بها الدولة بشخصية اعتبارية .

(٣) الأوقاف .

(٤) الشركات التجارية والمدنية .

(٥) الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التى سنتأتى بعد .

(٦) كل مجموعة من الأشخاص تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون » .

واضح فى هذا النص أن المشرع قد أتى بحصر شامل للأشخاص المعنوية المعروفة وقت صدور القانون المدنى، وهو تعداد على سبيل الحصر ، مع التنبيه بأن المشرع يجوز له أن يخلع الشخصية القانونية على أنواع أخرى من مجموعات الأشخاص ومجموعات الأموال يمكن أن تظهر مستقبلاً إذا رأى ضرورة لذلك .

ويفهم من النص السابق ، أن الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية تنقسم الى اشخاص عامة واشخاص خاصة ، وذلك تبعًا لتقسيم القانون الى عام وخاص ، حيث تخضع الأولى لقواعد القانون العام ، وتخضع الثانية الى قواعد القانون الخاص .

والملاحظ ان التفرقة بين اشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص المعنوية ، ليست بالأمر السهل الهيّن . وخاصة بعد أن تزايد تدخل الدولة فى الكثير من الميادين التى كانت متروكة من قبل لسلطان النشاط الخاص .

والواقع لقد اقترحت معايير كثيرة للتمييز بين الشخص المعنوى العام والشخص المعنوى الخاص ، اولها هو قيام الشخص المعنوى العام بوظائف السلطة العامة كلها او بعضها ، وهناك معيار الحاق الأفراد اجبارياً بالشخص المعنوى العام وترك التحاقهم بالأشخاص المعنوية الخاصة اختيارياً ، ومعيار ثالث يقوم على نوع المرفق الذى يضطلع به الشخص المعنوى واتصاله بالصالح العام او بالصالح الخاص ، ومعيار رابع يقوم على مدى حق الدولة فى التدخل فى انشاء الشخص

المعنوى ووضع نظامه الداخلى والاشراف على إدارته وتنفيذ قراراته وأحكامه الى غير ذلك من المعايير المقترحة ، والتى يبدو أن الوقوف عند واحد منها فحسب ليس بالحاسم فى هذا الشأن ، الأمر الذى يوجب فى شأن الشخص المعنوى الاعتداد بجملة معايير أو علامات تكشف معاً عن توافر صفته العامة أو الخاصة ، « كتمتعه أو عدم تمتعه ازاء أعضائه وازاء الغير بامتيازات السلطة العامة ، وأصله ، ومنشئه ، وتمتع الإدارة بالسيطرة عليه والكلمة النهائية فى شأنه أو اكتفاؤها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية » .

(أ) الأشخاص المعنوية العامة :

ويمكن تقسيمها الى نوعين :

١- الأشخاص الاقليمية :

وتلك هى الأشخاص المعنوية العامة التى يشمل اختصاصها - من حيث الأصل - جميع المرافق العامة فى حدود اقليمية معيّنة واهمها الدولة ، والمحافظات والمدن والقرى فى مصر .

٢- الهيئات والمؤسسات العامة :

هذه الهيئات والمؤسسات العامة تستعين بها الأشخاص المعنوية العامة فى اداء رسالتها ، فتنزل اليها عن مرفق من المرافق التى تدخل فى اختصاصها ،وتكل اليه إدارته وتمنحها فى ذلك استقلالاً ذاتيًا ، وبذاتية خاصة ، وتخلع عليها الشخصية القانونية بمقتضى قانون . وتعتبر هذه الهيئات من المنشآت العامة Eta-blissements publics وهى أيضاً أشخاص معنوية عامة ، ومثالها فى القانون المصرى ، الجامعات المصرية ، دار الكتب ، هيئة قناة السويس .

وأيضًا فإن الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية تعد من أشخاص القانون العام فيما تباشره من سلطة دينية بالنسبة الى تابعيها وما تديره من مرافق متعلقة بهم كالبطريركيات ، وفيما عدا ذلك تعتبر من اشخاص القانون الخاص كالرهبنيات والأديرة . ولا يشترط فى اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية أن يكون بقانون كما فى الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى نص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٥٢ مدنى ، بل يكتفى فى ذلك بالاعتراف الذى جرى به العرف .

(ب) الأشخاص المعنوية الخاصة :

الأشخاص المعنوية الخاصة هى التى تضطلع باغراض يقوم بمثلها الأفراد أو الدولة باعتبارها شخصًا عاديًا لا باعتبارها صاحبة السلطة العامة وهى على نوعين :

١ – جماعات الأشخاص Universitas Personatum :

تلك الجماعات تتألف من عدد من الأفراد أو الأشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معيّن ، وصورة هذا التجمع يكون إما فى صورة « الشركة » أو « الجمعية » والفارق بين الشركة والجمعية ان الشركة تقوم بهدف تحقيق الربح ، بينما الجمعية تهدف الى تحقيق اى غرض أخر غير الحصول على ربح ، طالما كان هذا الغرض غير مخالف للنظام العام والآداب . فيمكن أن يكون الغرض دينياً أو خيرياً، أو ثقافياً أو رياضياً او اجتماعياً او سياسياً – كالأحزاب – أو مهنياً كالنقابات التى تدافع عن مصالح أعضائها .

٢ – مجموعات الأموال Univertitas rerum :

وتتكوّن هذه المجموعات من أموال معيّنة ترصد لتحقيق غرض معيّن ، وتشمل الأوقاف والمؤسسات الخاصة .

خطة البحث :

وفى شأن دراسة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فإننا نعرض هذه الدراسة فى مطالب ثلاثة :

المطلب الأول : فى طبيعة الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثانى : فى مقومات الشخص الاعتبارى وخصائصه .

المطلب الثالث : فى الأشخاص الاعتبارية فى القانون الخاص .

المطلب الأول

طبيعة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية

تمهيد :

لقد تعددت وتشعبت الآراء والنظريات حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، تعدداً لم يحدث من قبل فى مسألة من مسائل القانون ، فاحتدم

الخلاف حول ما إذا كانت الشخصية الاعتبارية هى مجرد صياغة قانونية اتخذت للوصول الى الغرض المقصود أم أن لها أساس من الحقيقة والواقع . وبعبارة أخرى هل تعد الأشخاص المعنوية أشخاصاً من خلق القانون ، أم أنها اعتبرت كذلك لأنه قد توافر لها مقومات الشخص القانونى .

ويمكن رد هذا الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية الى ثلاثة نظريات ، الأولى وترى أن الشخصية الاعتبارية هى مجرد مجاز وافتراض ، لأن الشخصية القانونية لا تكون إلا للانسان ، فهو صاحب الارادة الشاعرة المدركة ، وبالتالى فإن اعتبار جماعة من الجماعات شخصًا قانونيًا لا يعد سوى افتراض قانونى حدث بتدخل الدول الذى خلق من هذه الجماعة شخصاً قانونياً وهو شخص افتراضى لا وجود له . وثانى هذه النظريات ما ينكر أصحابه وجود شخصية قانونية اعتبارية على وجه الاطلاق ، وتستعيض هذه النظريات عن فكرة الشخصية المعنوية بفكرة وجود حقوق بغير صاحب أو بفكرة الملكية المشتركة ، وثالث هذه النظريات ما يرى أن الشخصية الاعتبارية ليست افتراضاً ومجازاً بل هى حقيقة واقعة .

« وكثيراً ما كان يُبنى على أساس هذا الخلاف الفقهى نتيجة عملية هامة فيما يتعلق بموقف الدولة من الأشخاص الاعتبارية . فقيل أن النظر الى الشخص الاعتبارى على أنه كائن افتراضى خلقته ارادة المشرع من شأنه أن يطلق من سلطان الدولة ، فلا تنشأ الشخصية الاعتبارية إلا حيث يعترف بها التشريع ، ولا يكتسب الشخص الاعتبارى إلا الحقوق التى يحددها التشريع . أما نظرية الحقيقة فمقتضاها أن يكون مفروضاً على المشرع الاعتراف بالشخصية الاعتبارية حيث تتوافر العناصر اللازمة لتكوين كائن اجتماعى مستقل ، ويكون للشخص الاعتبارى أن يكتسب كافة الحقوق اللازمة لتحقيق غرضه» .

الفرع الأول

نظرية الشخصية الافتراضية

(Théorie de la personnalité fictive)

عرض النظرية :

تعد نظرية الشخصية الافتراضية من أقدم النظريات فى هذا الصدد ، فهى ترجع فى أصلها الى المحشيين اللاحقين والى الكنسيين ، كما أنها تسمى بالنظرية الرومانية لذيوعها بين شراح القانون الرومانى والكنسيين . ويعد من أنصار هذه

النظرية فى الفقه القانونى الحديث كل من سافينى Savigng ويوشتا Puchta ووند شيد ، وانجرUnger .

ترى هذه النظرية أن الشخص المعنوى ما هو إلا محض إفتراض ، وبيان ذلك، أن الحق عند أنصار هذه النظرية ، هو سلطة إرادية ، ولذلك يلزم أن يكون صاحب الحق إنساناً ، فالانسان وحده هو صاحب الإدراك والإرادة . ولكن لما كانت هناك ثمة مصالح جماعية يرعاها ويحميها القانون ، ولما كانت ثمة هيئات قد قامت لتحقيق هذه المصالح ، لزم من ذلك أن يفترض القانون فى هذه الهيئات أنها أشخاصاً ، حتى يتسنى أن تكون لها أهلية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، لذلك كانت هذه الهيئات أشخاصاً افتراضية . فالشخصية المعنوية لا يمكن أن تكون إلا تحايلاً ومجازاً يخالف الواقع ، ولا يمكن أن يتحقق هذا المجاز إلا إذا تدخل المشرع وجعل من هذه الهيئات أشخاصاً قانونية .

النتائج المترتبة على منطق هذه النظرية :

يترتب على الأخذ بهذه النظرية – وقد سادت هذه النظرية فعلاً فى فرنسا فترة طويلة – النتائج الآتية :

(١) طالما كان الشخص المعنوى محض إفتراض من خلق المشرع ، فإنه يترتب على ذلك أن يكون للدولة السلطان المطلق على الجماعات ، فتخلع عليها الشخصية القانونية أو تحجبها عنها حسب ما تمليه عليها الاعتبارات السياسية . وأياً كانت طريقة المشرع فى منح الشخصية القانونية لجماعة من الجماعات ، فإن الشخصية لا تولد إلا من يوم إذن الدولة التى تتمتع بسلطة مطلقة من كل قيد فى هذا الشأن .

(٢) ويؤدى منطق النظرية كذلك الى أن الدولة تستطيع أن تسحب اذنها فتنحسر الشخصية القانونية عن الشخص الاعتبارى ، فطالما كان الاعتراف بهذا الشخص يعد منحة من الدولة بغير معقب ، جاز إسترداد هذا الاعتراف بإرادة الدولة كذلك وبلا معقب عليها أيضاً .

(٣) وللمشرع أيضًا أن يقيّد من أهلية الشخص المعنوى وحصر هذه الأهلية فى نطاق لا تتعداه ، وهو نطاق الغرض الذى انشىء من أجله الشخص المعنوى ، فلا يجوز له أن يباشر من الأعمال والتصرفات إلا ما يلزم لتحقيق غرضه وهذا ما يطلق عليه مبدأ التخصص . فطالما كون الشخصية المعنوية مجرد إفتراض وليست حقيقة ، كما أنها تنشأ منحة من المشرع ، لزم من ذلك أن تكون أهليتها مقيّدة

وإختصاصها محدد ، بخلاف الشخص الحقيقى الذى يملك أن يوجه نشاطه كيفما شاء وأراد أما الشخص الإعتبارى فنشاطه محدد بغرضه .

(٤)أن الشخص المعنوى ، وهو افتراض ومجاز ، لا يمكن أن تكون له ارادة وإدراك كالشخص الحقيقى ولذلك يمتنع تقرير مسؤولية الشخص المعنوى الجنائية والمدنية على السواء ، فمناط المسؤولية الإدراك والوعى وهو ما يتخلف فى الشخص المعنوى .

نقد النظرية :

تعرضت نظرية الشخصية الافتراضية للعديد من أوجه النقد ، نذكر منها :

١- أن هذه النظرية تبدأ من مقدمة غير مسلمة ، فهى تقول أن الانسان وحده هو الذى تثبت له الشخصية فى نظر القانون ، وتعتبر هذا القول من البديهيات المسلمات ، وهذا قول يعوزه الدليل بل أنه قول مفترض يقوم على خلط واضح بين مدلول الشخصية فى القانون ومدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس . حيث ان مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقاً من مدلوله فى الفلسفة وعلم النفس، حيث يتسع المدلول القانونى للشخصية للانسان وغيره ، وذلك لأنه يفيد مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق وللتحمل بالالتزامات ، ومناط هذه الصلاحية هى القيمة الاجتماعية ، تلك القيمة لا تنحصر فى الانسان ، وانما تثبت لغيره من الكائنات المنظمة التى تستهدف تحقيق مصالح انسانية فى شكل جماعات من الأفراد او الأموال .

٢- أن هذه النظرية ترتكز على تعريف معيّن للحق ، بأنه سلطة أو قدرة ارادية ، وقد سبق لنا بيان فساد هذا التعريف وعدم صحته ، فالصغير غير المميّز والمجنون برغم إنعدام الارادة لديهما إلا أن الحقوق تثبت لهم . وبناء على ذلك إذا لم يكن هناك إرتباط بين الحق والارادة ، فليس ثمة ما يمنع من إسناد الحق لكائنات غير الانسان ، وبالتالى تثبت لها الشخصية القانونية .

٣- أن الافتراض لا يمكن أن يخلق من العدم وجوداً ، فالقول بأن الشخص المعنوى مجاز لا حقيقة له ، لا يمكن أن يفسر لنا - من الناحية القانونية - وجود مال لا يمتلكه أشخاص طبيعيون ، وكل مال أو حق يجب أن يكون له صاحب ، ولا يمكن القول بأن صاحب هذا الحق مجاز ، وإلا كان معنى هذا أن ذلك الحق لا صاحب له فى الحقيقة .

٤- أن نظرية الشخصية الافتراضية لا يمكن تطبيقها بالنسبة لشخصية الدولة ، ذلك أنه إذا كانت الشخصية المعنوية مجازاً تخلقه الدولة ، فمن الذى خلق شخصية الدولة ذاتها ؟

٥- أن التصوير الذى قالت به نظرية الإفتراض إنما يتجاهل وظيفة المشرع فى العلاقات الاجتماعية . فالمشرع لا يمكن ولا يستطيع أن يخلق من العدم وجوداً، ولا أن يجعل للمجاز إرادة ، والمشرع لا يخلق بنفسه العلاقات الاجتماعية ، وانما هو ينظمها ، ويستطيع أن يحرم بعضها ولكنه لا يستطيع أن يمنع وجودها ، لأن وجودها المادى هو أمر مفروض ويخرج عن سلطات المشرع .

« فالشارع لا يستطيع أن يتجاهل جماعة تألفت لغرض مشروع فينكر عليها إعتبارها محلاً للحقوق ، فى حين أن أعضائها قرروا أن تكون الجماعة - لا أشخاصهم - مالكة للمال المرصود عليها . وهو إن فعل كان منكراً للواقع . صحيح أن الشارع يستطيع أن يحرم الجماعات من الشخصية إذا كانت خطراً على النظام العام ، ولكنه عندئذ يتدخل إستناداً لوظيفته البوليسية لا وظيفته العادية » .

٦- ان نظرية الافتراض قد ارتكزت على النزعة الفردية التى انتصرت غداة الثورة الفرنسية بما تحمله هذه النزعة من عداء سافر للجمعيات التى تتوسط بين الفرد والدولة . هذا الارتكاز عرض النظرية لأوجه نقد شديدة كانت قد وجهت الى هذه النزعة الفردية بإعتبار الانسان محور القانون وغايته ، الأمر الذى تلاشى معه المخاوف على كيان الفرد من وجود الجمعيات .

٧- وأخيراً فإن نظرية الشخصية الافتراضية يعيبها عيب خطير من حيث انها تعرقل حرية تكوين الجماعات ، فالجماعة مهما كان غرضها مشروعاً ومتفقاً مع القانون ، فإنها لن تنال الشخصية القانونية إلا إذا تدخلت الدولة وخلقت لها الشخصية .

الفرع الثانى

نظريات « الحقيقة » فى تصوير الشخصية الاعتبارية

تمهيد :

راينا أن الشخصية الاعتبارية لا يمكن أن تكون مجازاً وافتراضاً من صنع المشرع ،وانما هى حقيقة كائنة واقعة . فالملاحظ أن مجرد اجتماع عدة أفراد لتحقيق غرض معيَن مشروع ، يؤدى الى نشوء إرادة مشتركة ومنفصلة عن

إرادات هؤلاء الأفراد . وهذه الارادة المشتركة والمنفصلة عن إرادة المكوّنين للشخص الاعتبارى هى الأمر الجوهرى فى وجود هذا الشخص . وهذه الارادة توجد إذن قبل تدخل الدولة ، فإذا تدخلت الدولة فلا يعنى تدخلها إنشاء وخلق للشخص المعنوى ، وإنما هو مجرد اعتراف بوجوده .

ومعنى ما تقدم أن هذه النظريات التى سنعرض لها الآن ترى أن الارادة المشتركة التى تثبت للشخص المعنوى هى أساس شخصيته ، وطالما تثبت له هذه الارادة ، اصبح صالحًا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . ولكن انصار هذه النظريات إختلفوا فيما بينهم حول كيفية وجود هذه الارادة الخاصة للشخص المعنوى الى مذاهب متعددة :

(١) النظرية العضوية أو الحيوية

Théorie organique ou biologique

ترى هذه النظرية أنه لا يوجد اختلاف بين الشخص الطبيعى والشخص المعنوى من حيث التكوين ، فهى تشبه الجماعات بالأشخاص الطبيعية تشبيهاً جسدياً . فإذا كان الجسم البشرى يتكوّن من خلايا ، فكذلك الشخص المعنوى ، والذى يتكوّن هو الآخر من خلايا ، وخلاياه ، هم الأفراد المكوّنون له . فكما تتفاعل خلايا الانسان فى توليد إرادته الفردية ، فإن خلايا الشخص المعنوى – وهم الأفراد المكوّنين له – تتفاعل فى إحداث الارادة الجماعية وتوليدها . وللجماعة أو الشركة مخ كمخ الانسان ، فكما أن القرار الصادر عن الفرد هو نتيجة تعاون خلايا مخه ، فكذلك يتكوّن قرار الشخص المعنوى نتيجة تفاعل خلاياه المختلفة اى أعضاؤه .

والواقع أن هذا التشبيه هو محض تصوّر خيالى ومجازى وليس بالتصوير الحقيقى . كما أن القول بكفاية وجود خلايا يحدث من تجمعها كلاً أو جسماً واحداً ، لقيام الشخصية ، هو قول مغرق فى الخطأ ، فالحيوانات والنباتات هى الأخرى تتكوّن من خلايا ، وتتفاعل هذه الخلايا فيما بينها ، ومع ذلك لا يتصوّر القول بتمتعها بالشخصية فى نظر القانون .

(٢) نظرية الإرادة :

يذهب انصار هذه النظرية الى أنه إذا كان الشخص المعنوى قد تكوّن من عدة إرادات مختلفة (وهم إرادات مكونيه) إلا أن هذه الارادات المجتمعة تصبح شيئاً جديداً مغايراً للارادات الفردية التى ساهمت فى إنشائه . وظهور هذه الارادة

الجماعية للشخص المعنوى المستقلة عند الارادات الفردية ، يعد كافيًا لإسباغ الشخصية القانونية عليه ، كما تكف الارادة عن الانسان كذلك . » ولا عجب أن ينشأ من مجموع الارادات الفردية إرادة مغايرة ومستقلة ومتميّزة . ألسنا نرى العناصر الطبيعية إذا امتزجت واتحدت فإن الناتج لا يكون مجموع هذه العناصر متفرقة ، وإنما كثيراً ما يكون الناتج شيئًا جديداً مختلفًا فى خواصه عن كل عنصر من هذه العناصر ؟»

والواقع أن هذه النظرية انما تعتنق تعريف معيّن للحق من أنه قدرة أو سلطة إرادية ، وهو تعريف تبيّن لنا فى مقدمة هذه الدروس أنه تعريف غير صحيح . كما يعيب هذه النظرية ما عاب النظرية التى سبقتها وهى انها تحاول أن تخلق تماثلاً وتطابقاً بين الشخص الطبيعى والشخص المعنوى وخاصة فى الارادة . هذا التماثل لا يمكن تصوّر تحققه فضلاً عن أن الارادة ليست هى مناط الشخصية . » وفضلاً عن ذلك ، فلو سلمنا جدلاً بإناطة الحق والشخصية بالارادة كما تدعى هذه النظرية ، لما دفع ذلك عنها القصور ، إذ تظل فى هذه الحدود غير مجدية إلا فى تفسير إعطاء الشخصية لجماعات الأفراد كالشركات والجمعيات دون مجموعات الأموال كالأوقاف والمؤسسات » .

(٣) نظرية المصلحة الجماعية :

اشرنا من قبل الى أن هناك من الفقهاء – فى تعريفهم للحق – من يرى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون . فأساس الحق عند هؤلاء هو المصلحة وليست الارادة . وبناء على هذا المنطق فإنه إذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس بلازم فى هذه المصالح ان تكون فردية ، بل من الممكن أن تكون مصالحاً جماعية تتبلور فى تنظيم معيّن يحقق لها كياناً مستقلاً عن المصالح الفردية للأشخاص الداخلة فى هذا التنظيم ، عندئذ تكون هذه المصلحة الجماعية مصلحة محمية من القانون ، فنكون بصدد حقوق جماعية مستقلة يمكن أن تنسب الى شخص جماعى مستقل عن أعضائه .

والواقع انه يمكن أن توجه الى هذه النظرية سهام النقد السابق توجيهها للقائلين بأن الحق هو مصلحة . وفضلاً عن ذلك فإن منطق هذه النظرية يؤدى الى حصر الشخصية فى صاحب المصلحة أو المتمتع بالفائدة أو المنفعة – فالشخصية يجب الا تثبت لجماعات الأفراد ومجموعات الأموال ككل وإنما للأشخاص الطبيعية المكوّنين لها فهم أصحاب المنفعة ، الأمر الذى سيؤدى فى النهاية الى أن تكون الشخصية لهؤلاء دون الجماعات .

(٤) النظرية الاجتماعية أو نظرية التنظيم القانونى :

يرى أنصار هذه النظرية أن الشخص المعنوى ليس إلا تنظيماً قانونياً قصد به تحقيق غرض معيّن وان صاحب الحق يكون هو ذلك التنظيم المعد لتحقيق غرض معيّن . وعلى ذلك ففى جماعة الأشخاص يكون صاحب الحق هو مجموعة الأعضاء Collectivité des membres وفى مجموعة الأموال يكون صاحب الحق هو المؤسسة وفى هذا وتلك تعتبر ارادة المديرين كأنها ارادة ذلك الكائن .

« فالشخص المعنوى هو تنظيم للأشخاص أو للأموال يعمل بقصد تحقيق اغراض معيّنة ويخلع عليه القانون أهلية اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات أى الشخصية القانونية . ومن ثم ففى جماعات الأشخاص يكون صاحب الحق هو مجموعة الأفراد وحدت فى كائن واحد ليس هو احد هؤلاء الأفراد المكوّنين لهذه المجموعة وانما هو كائن جديد قائم بذاته ، وفى مجموعات الأموال يكون صاحب الحق هو المؤسسة نفسها (كالمستشفى أو الملجأ .. الخ) .

هذه التنظيمات للأشخاص او للأموال وما ينشأ عنها من أشخاص قانونية ليست كائنات خيالية وهمية وانما هى كائنات موجودة وجوداً حقيقيّا سواء من الناحية الاجتماعية والناحية القانونية ، هى بلا شك ثمرة تجريد عقلى ، هى كائنات معنوية . ولكن هذا لا يمنع من أن يكون لهذه الكائنات حقيقة إجتماعية وقانونية وإذ يعترف القانون بهذه التنظيمات ، لهذه الكائنات الموجودة كوحدات معنوية فى الحياة الاجتماعية ويمنحها الشخصية القانونية وبالتالى صفة صاحب الحق ، لا يفترض - كما ذهب أيضاً انصار نظرية المجاز - وجود شخص طبيعى ، وإنما هو يخلع على هذه الكائنات الأهلية القانونية كما خلعها من قبل على الانسان ، فليس ثمة ضرورة تقضى بأن يعتبر انساناً كل ما ليس إنساناً لمجرد انه أعطى مثل ما أعطى الانسان . ثم أن الشخص الطبيعى لم يكن صاحب حق لمجرد كونه انساناً وإنما كان صاحب حق لأن القانون أراد له هذه الصفة ، فلقد اتى على البشرية زمن لم يكن كل انسان صاحب حق ، ولم يكن كل صاحب حق إنساناً ، إذ كانت تمنح صفة صاحب الحق لكائنات غير الانسان كالآلهة والموتى والأرواح والحيوانات الخ . ومن ثم فإن القانون الذى يستطيع أن يمنح الشخصية القانونية للانسان يستطيع أن يمنحها لكائنات تختلف عن الانسان ولكنها اعدت لتحقيق مصالح الانسان .

وليس الشخص المعنوى بدعة خلقها القانون .حقيقة أن الجمعيات

والمؤسسات تعتبر أشخاصًا بقدر اعتراف القانون بها كأشخاص ، إلا أن هذا الاعتراق لا يعدو أن يكون مجرد تحويل كائن موجود فى الحياة الاجتماعية الى كائن قانونى » .

وفى الرد على هذه النظرية يقول البعض أنه « إذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الأخرى بناء الشخصية المعنوية على نسق وحذاء شخصية الانسان الى حد التطرف العكسى ، فإنه من غير المقبول محاولة بناء شخصية الانسان نفسها على نسق وحذاء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك نظامًا من النظم التى تقوم على فكرة موجهة معيّنة يعمل فى خدمتها ولتحقيقها تنظيم معيّن بمعاونة واشتراك خلايا متعددة ، إلا أن هذه النظرية فى حقيقة الأمر ما تزال تدور فى الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص المعنوى على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم فى الكائن الاجتماعى وعيًا بذاته وبصرًا بأهدافه وتحكمًا فى وسائله بما يحقق الغاية الموجهة » .

الفرع الثالث

النظريات المنكرة للشخصية المعنوية

ذهب بعض الفقهاء الى انكار وجود شخصية قانونية لما يسمى بالشخص الاعتبارى ، فهم يرون الاستغناء عن الفكرة الافتراضية وغيرها من الأفكار غير الواقعية لتحل محلها أفكارًا أكثر اتساقًا مع المنطق والواقع ، فنعرض لمدى صحة ما يذهبون اليه .

(١) نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض أو نظرية Brinz

رأينا عند دراستنا للذمة المالية ، أن من الفقهاء من إعتنق ذمة التخصيص أو ذمة الغرض ، وتقوم هذه الفكرة على أساس إعتبار الانسان هو وحده الشخص الحقيقى فى نظر القانون ، وأن الشخص الاعتبارى ما هو إلا محض إفتراض يخالف الواقع . ولذلك يرى هؤلاء وجوب الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتبارى والوقوف عند الغرض المقصود من قيام جماعة من الأشخاص أو رصد مجموعة من الأموال ، ذلك أن الغاية العملية من الأخذ بفكرة الشخص المعنوى هى أن يوجد مركز تستند اليه الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط هذا الشخص بحيث

تكون ذمته مستقلة عن ذمة أعضائه أو المنتفعين به ، وللوصول الى هذه الغاية يجب التسليم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكوّن ذمة مالية مستقلة تجمع بين عناصرها وحدة الغرض الذى تسعى اليه ، ودون أن تستند فى وجودها الى شخص ما .

ويعيب هذه النظرية أن الذمة وهى مجموعة الحقوق والالتزامات المالية ، لا تستند إلا الى شخص ، فالحقوق والواجبات لا يمكن أن تقوم استقلالاً ، وانما تثبت بالضرورة لشخص او عليه ، ولهذا لا يمكن التسليم بأن هناك أموالاً لا يملكها شخص معيّن بالذات حتى ولو كانت مخصصة لغرض معيّن . هذا فضلا عن أن نظرية الشخصية المعنوية تفضل نظرية ذمة التخصيص ، من حيث إستيعاب الأولى لكل الوان النشاط التى تسمح بها طبيعة الشخص المعنوى ، سواء كان هذا النشاط ماليا أو غير مالى .

(٢) نظرية الملكية المشتركة :

يذهب إهرنج الى أن صاحب الحق لا يمكن أن يكون إلا انسانًا اى شخصًا طبيعيًا . لذلك فهو يرى أن صاحب الحق ليس هو الشخص المعنوى انما هم الأشخاص الطبيعيون الذين يتكوّن منهم ذلك الشخص المعنوى ، ففى الجمعيات يكون أصحاب الحق هم كل الشركاء ، وفى المؤسسات هم كل المنتفعين من هذه المؤسسات ، هم الفقراء والمرضى والمشردون ... الخ ... ومن ثم فالشخص المعنوى فى هذه النظرية ليس إلا صاحب حق ظاهرى ، أما أصحاب الحق الحقيقيون فهم الأشخاص الطبيعيون المختفون وراءالشخص المعنوى .

ولقد أخذ بهذه النظرية فى فرنسا الأستاذ بلانيول ، حيث قال انه يجب نبذ فكرة الشخص المعنوى ، فهى فكرة فقهية محضة لا أساس لها من الواقع والحقيقة، فوق أنها فكرة تثير الكثير من الصعوبات بسبب ما اقتضته من تشبيه بالانسان . ولذا يرى بلانيول انه يجب أن يستعاض عن فكرة الشخص المعنوى بفكرة الملكية المشتركة Propriété collective أى الملكية التابعة لمجموعة من الناس ، ويكون صاحب الحق عندئذ هو اعضاء هذه الجماعة . أما إعتبار المجموعة Collectivité كائنًا متميزًا عن أعضائها المكوّنين لها فهو عند بلانيول تجريد abstraction لا أساس له من الحقيقة . فالقول بأن متحف اللوفر ليس ملكًا للفرنسيين وانما هو ملك لفرنسا وان المتحف البريطانى ليس ملكاً للانجليز وانما ملك لانجلترا هو ، عند بلانيول ، قول أساسه التجريد ، أما الحقيقة فهى ان

متحف اللوفر ملك للفرنسيين وأن المتحف البريطانى ملك للانجليز .

ويؤخذ على هذه النظرية أنها ترجع بالفكر القانونى الى الوراء ، ففى الشرائع القديمة لم توجد فكرة الشخص المعنوى ، بل وجدت فكرة الملكية المشتركة ، ثم اخذت فكرة الشخصية المعنوية تتكوّن بالتدريج خلال عصور طويلة الى أن توصل القضاء الرومانى الى أن يعتبر الشخص المعنوى كائناً منفصلاً ومستقلاً عن كل فرد من الأفراد المكوّنين له .

كما يعيب هذه النظرية أن القوانين الحديثة ومنها القانون الفرنسى والمصرى لا تعرف صورة الملكية المشتركة ، فالملكية فيها إما فردية أو شائعة .

ويعيبها أيضاً أن منطقها يفترض - خلافاً للواقع - أن الشخص المعنوى إنما يكون حتماً جماعة من الأفراد تنتسب اليهم الملكية المشتركة لأمواله ، برغم أنه من المسلم به أن الشخص المعنوى قد يكون مجموعة من الأموال ، وقد لا يوجد فى شأنه هذه الأموال كالجمعيات الثقافية والدينية والعلمية .

وأخيراً فإن الاعتراف بالشخصية المعنوية من شأنه استقلال الشخص المعنوى عن الأفراد المكوّنين له ، واستقلال ذمته عن ذممهم بالتالى ، وهذا الأمر لا يمكن أن تحققه بذاتها فكرة الملكية المشتركة .

حقيقة الشخصية المعنوية :

يعنى اصطلاح الشخصية فى نظر القانون ، صلاحية كائن من الكائنات لوجوب الحقوق له أو عليه . وهذا الكائن هو كائن متميّز ذو قيمة اجتماعية معيّنة. والمقصود بالكائن هنا كل موجود له وجود ذاتى مستقل وحقيقى ، وهذا الوجود المستقل الحقيقى ينبغى أن ينصرف الى كل وجود مادى أو معنوى ، وهذا الموجود الحقيقى يستوى أن يكون من خلق اللّه كالانسان ، أو من خلق الانسان ولخدمته كالشركات والجمعيات والمؤسسات طالما أن لها من الوجود والكيان المستقل ما يميّزها عن كيان وذاتية اعضائها أو اصحابها .

غير أن وجود مثل هذا الكائن المستقل الحقيقى لا يكفى لأن يتمتع حتماً بالشخصية القانونية ، بل لا بد لهذا التمتع من أن يمثل هذا الكائن قيمة اجتماعية معيّنة تجعله اهلاً للدخول فى الوجود القانونى كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . ولذلك فإن

بعض الكائنات التى لها وجود ذاتي واقعى وحس كالحيوانات ، إذا ما دخلت الحياة القانونية ، فلا تدخلها باعتبارها صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لأنه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر هذا الدخول ، وانما تدخل فيه باعتبارها شيئاً تابعاً ومحلاً وموضوعاً لحقوق الأشخاص ذوى الحياة القانونية المستقلة .

فحقيقة الشخصية المعنوية انها تقوم على عنصرين أساسيين :

«(١) كائن جماعى أو اجتماعى يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه أو منشئيه من الأفراد ، ووجود مثل هذا الكائن وجود حقيقى لا افتراض فيه ، مادمنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطناع وعى أو تكوين عضوى أو ارادى له مماثل للانسان .

(٢) توافر قيمة اجتماعية لهذا الكائن ، متأتية من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وافضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق .

فإذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى أو الاجتماعى على راس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزاً تستند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات ، إذ يكون حينئذ اهلاً لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات .

ويراعى أننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية المعنوية ما تتفق عليه كثير من النظريات والآراء من استلزام وجود تنظيم معيّن للشخص المعنوى يعمل فى خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به . وليس معنى ذلك اننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم ، فهو ضرورى ولكن لنشاط الشخصية المعنوية لا لوجودها . وليس فى ذلك غرابة ، فالصغير غير المميّز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائناً ذاتياً ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من نشاط إذ ينوب عنه فى ذلك شخص آخر هو الولى أو الوصى ،وكذلك الحال فى الأشخاص المعنوية التى تتوافر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتى المستقل ذى القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معيّن يباشر عنها نشاطها » .

المطلب الثانى

مقومات الشخص الاعتبارى وخصائصه

تقسيم :

نتناول فى دراسة الشخصية الاعتبارية ذات النقاط التى عرضنا لها عند دراستنا للشخص الطبيعى ، وهذه النقاط تتحدد فيما يلى :

الفرع الأول : بداية الشخصية المعنوية ونهايتها .

الفرع الثانى : اسم الشخص الاعتبارى .

الفرع الثالث : الحالة .

الفرع الرابع : أهلية الشخص الاعتبارى .

الفرع الخامس : الموطن .

الفرع السادس : الذمة المالية .

الفرع الأول

بداية الشخصية المعنوية ونهايتها

بداية الشخصية المعنوية أو الاعتبارية :

لكى تبدأ الشخصية المعنوية لجماعة من الجماعات لا بد أولاً من توافر مقومات وجودها وثانيًا لا بد من اعتراف القانون بها سواء كان الاعتراف عاماً أم خاصاً .

ضرورة توافر مقومات الشخص المعنوى :

يسبق اعتراف الدولة بالشخصية المعنوية أن تتوافر أولاً مقومات وجوده . هذا الوجود يتحقق كلما كنا بصدد جماعة من الأشخاص أو الأموال . وفى جماعات الأشخاص يجب أن يكون هناك تنظيم لهذه الجماعة يضمن حسن سير العمل فيها لتحقيق أهدافها كما هو الحال فى الجميعات والشركات . أما فى مجموعات الأموال كالأوقاف والمؤسسات فلا بد من وجود تخصيص للأموال بإرادة منشىء الشخص المعنوى من الواقف مثلاً أو المؤسسين .

كما يجب أن تكون هذه الجماعة من الأشخاص أو المجموعة من الأموال ترمى الى تحقيق غرض معيّن ، هذا الغرض يجب ويلزم أن يكون ممكناً ومشروعاً ،وإلا تخلف ركن اساسى من اركان قيام الشخص المعنوى .

وهذا الغرض قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً ، ولكن فى حالة كون الغرض خاصاً ، يلزم الا يخص هذا الغرض فرد واحد .

ويجوز أن يكون الغرض مالياً كما هو شأن الشركات ، وقد يكون غير مالى كما فى الجمعيات ، فيجوز أن يكون الغرض دينياً أو أدبياً أو فنياً او اجتماعياً أو ثقافياً كما هو فى الجمعيات .

كما يلزم فى هذا الغرض أن يكون مستمراً ، سواء اكان بصفة دائمة كما هو الحال فى الجمعيات أو لمدة غير معيّنة كما هو الشأن فى المؤسسات . ولذلك إذا كان الغرض عرضياً ويمكن تحقيقه دفعة واحدة ، فإن مثل هذا الغرض لا يعد كافياً لوجود الشخص المعنوى وجوداً مستقلاً . فمثلاً اتفاق مجموعة من الأشخاص على تكوين جمعية يكون غرضها تنظيم رحلة واحدة لهم لأداء العمرة مثلاً فى مقابل اشتراكات معيّنة ، لا يجعل من هذا التنظيم شخصاً معنوياً .

فإذا توافرت الأركان السابقة امكن بعد ذلك أن يعترف بالشخص المعنوى .

الاعتراف بالشخص المعنوى :

والواقع أن الخلاف حول طبيعة الشخص المعنوى لا يجب أن تنعكس على مدى حاجة هذا الشخص الى تدخل الشارع للاعتراف بوجوده . فهذا الاعتراف لا يعنى أن المشرع انما يخلق الشخص المعنوى خلقاً صناعياً من العدم ، وانما يُحمل هذا التدخل على أنه اعتراف من المشرع بما توافر لهذا الكائن فى الحياة الاجتماعية من وجود حقيقى يستند الى مقومات معيّنة تجعله اهلاً لأن يوضع فى مصاف اشخاص القانون بما يستتبع ذلك من اهلية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

هذا الاعتراف ليس بلازم أن يكون صريحاً ، فقد يكون ضمنياً .

الاعتراف العام والاعتراف الخاص :

رأينا مدى لزوم تدخل المشرع للاعتراف بالشخصية المعنوية ، وهذا الاعتراف قد يقع بطريق الاعتراف العام أو بطريق الاعتراف الخاص .

أما الطريقة الأولى وهى طريقة الاعتراف العام Système de la réglementation lègale فتكون بوضع المشرع شروطاً عامة إذا ما توافرت فى جماعة من الأشخاص أو فى مجموعة من الأموال ، اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية القانونية بقوة القانون ، دون حاجة الى صدور إذن أو ترخيص أو اعتراف خاص فى كل حالة على حدة . فالقانون ينص على طوائف المجموعات التى يعتبرها ذات شخصية معنوية ثم يبين شروط تكوينها ، فمتى تكوّنت اكتسبت الشخصية القانونية .

وفى ظل الاعتراف العام يشترط لاكتساب الشخصية المعنوية ، أن تكون الجماعة أو المجموعة من الجماعات التى نص عليها القانون ، كما يشترط ايضاً أن يتوافر فى تكوينها الشروط المنصوص عليها فى القانون .

وواضح أن الاعتراف العام هو اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى مسبق لنماذج معيّنة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال .

أما الطريقة الثانية وهى طريقة الاعتراف الخاص Système de la l'autorisation فتقتضى صدور ترخيص أو إذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لجماعة معيّنة من الأشخاص أو لمجموعة معيّنة من الأموال ، كلٍ على حدة . ويكون ذلك بقرار يصدر من إحدى سلطات الدولة ، فهو اعتراف مباشر فردى .

وفى التقنين المدنى الجديد فلقد ورد فيه نص المادة ٥٢ الخاص بما يعتبره المشرع من الأشخاص المعنوية . ويستفاد من هذا النص أن المشرع قد جمع بين طريقين الاعتراف العام والاعتراف الخاص ، وان جعل الأصل هو الاعتراف العام ، والاستثناء هو الاعتراف الخاص .

فطبقاً لهذا النص فإن الشخص المعنوى ينشأ متى كان أحد الأشخاص التى ورد ذكرها فى القانون (م ٥٢ مدنى) وذلك منذ تكوينه وبقوة القانون وبدون حاجة الى صدور ترخيص خاص بذلك . وهذه الأشخاص هى الدولة وفروعها ، والأوقاف والشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات (م ٥٢ فقرات ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥) فهذه الكائنات المعنوية تثبت لها الشخصية القانونية متى تم انشاؤها وفقاً للقانون .

أما الهيئات والطوائف الدينية ، فقد اشترط القانون الاعتراف الخاص بها (م ٢/٥٢) . وكذلك كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال لم يرد لها ذكر فى المادة

٥٢ من القانون المدنى ، لا تكتسب الشخصية القانونية إلا بمقتضى ترخيص خاص من المشرع أو بمقتضى نص فى القانون (م ٥٢/٦) . » ويكفى للتمثيل على ذلك أن نتصور شخصاً ، بعد أن ألغى نظام الوقف الأهلى ، يريد أن يرصد ماله على تعليم أفراد أسرته . فلا يستطيع سلوك طريق المؤسسة ، إذ هى قاصرة على رصد المال لتحقيق خدمة عامة ، فلا يبقى إلا أن يلتمس اعترافاً خاصاً من المشرع بالشخصية الاعتبارية » .

مركز الشخص المعنوى فى مرحلة تكوينه :

رأينا أن اكتساب الكائن المعنوى للشخصية القانونية ، يناط باعتراف الدولة به اعترافاً عاماً أو خاصاً على نحو ما عرضنا له منذ قليل . أما قبل هذا الاعتراف ، فلا تثبت لهذا الكائن المعنوى تلك الشخصية . ولكن قد نجد بعض الكائنات المعنوية تستغرق اجراءات تكوينها وقتاً طويلاً ، وقد يقوم المؤسسون فى خلال فترة التكوين بالعديد من التصرفات ، بحيث يثور البحث عمن تستند اليه آثار هذه الأعمال والتصرفات .

يتجه الفقه الغالب - وأمام خطورة اسناد هذه الأعمال والتصرفات الى أشخاص المؤسسين - الى الاعتراف للكائن المعنوى بالشخصية القانونية فى أثناء فترة التكوين أو التأسيس ، بحيث تستند اليه هذه التصرفات والأعمال .

وفى هذا الخصوص يتشابه مركز الشخص المعنوى فى مرحلة التكوين أو التأسيس مع مركز الجنين فى أثناء فترة الحمل . فقد رأينا أن المشرع يعترف للحمل المستكن بالشخصية القانونية التى تبدأ من وقت الحمل ، غاية الأمر أن وجود هذه الشخصية يعد وجوداً غير مستقر ، حيث تستقر هذه الشخصية بتمام الولادة حياً . وهكذا الشأن أيضاً فى خصوص الشخص المعنوى فى مرحلة التكوين أو التأسيس . فيتوقف مصير اسناد الحقوق والالتزامات الى الشخص المعنوى فى هذه المرحلة على تمام تكوينه تكويناً صحيحاً من بعد ، كما يتوقف مصير الحقوق المسندة للجنين على تمام ولادته حياً ، فإذا استحال تكوين الشخص المعنوى ، اعتبرت شخصيته كأن لم تكن واعتبر أنه لم يثبت له أى حق ولم يفرض عليه أى التزام .

هذا وقد رأينا أن الشخصية القانونية التى تثبت للحمل المستكن تكون قاصرة على ما يفيده من حقوق ، أما الشخصية التى تثبت للكائن المعنوى قبل تكوينه أو تأسيسه فتسمح بوجوب الحقوق له وفرض الالتزامات عليه . طالما

كانت فى حدود وبقصد التأسيس .

أما فى ظل القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الخاص باصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم ، والشركات ذات المسؤولية المحدودة فقد قضت المادة ٢٢ من هذا القانون بأنه « يجب اشهار عقد الشركة ونظامها بحسب الأحوال فى السجل التجارى ، ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالاً إلا من تاريخ الشهر في السجل التجارى » ، ويرى البعض ان هذا النص قد حسم الجدل حول مشكلة تمتع الشركة قبل تأسيسها بالشخصية الاعتبارية .حيث حرمها من ذلك التمتع وبالتالى لا مناص من القول بأنه فى مرحلة التأسيس تسند الحقوق والالتزامات الى أشخاص المؤسسين .

نهاية الشخصية المعنوية أو الاعتبارية :

قلنا أن الشخص المعنوى - بالنسبة للشخص الطبيعى - أطول حياة وأمد عمراً ، وهذا ما يساعده على تحقيق اغراضه ، بل وهذا هو أحد دواعي وجوده وتميّزه . ولكن ليس معنى ذلك ان يظل هذا الشخص أبدياً ، فكما لكل شيء بداية، فلكل شيء نهاية ، وأسباب انتهاء الشخص المعنوى وانقضائه كثيرة متنوعة .

فقد تنتهى الشخصية المعنوية بطريقة طبيعية ، حيث تنتهى الشخصية بانقضاء الأجل المحدد للشخص المعنوى إذا وجد مثل هذا التحديد ،كما لو أنشئت شركة أو جمعية لمدة معيّنة . كذلك تنتهى الشخصية بتحقيق الغرض الذى قام الشخص المعنوى من أجله ، أو إذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلاً . كما تنتهى الشخصية بموت جميع الأفراد من أعضاء الشخص المعنوى إذا كان جماعة من الأشخاص أو بانقراض جميع المنتفعين منه إذا كان مجموعة من الأموال ، أو بانخفاض عدد أعضائه الى أقل من الحد الأدنى الواجب توافره .

ففى القانون المصرى لا يجوز أن يقل عدد أعضاء الجمعية - إذا كانوا من الأشخاص الطبيعيين عن عشرة (المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية) . وتقضى المادة الثانية من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المشار اليه من قبل بانه « لا يجوز أن يقل عدد الشركاء المؤسسين فى شركات المساهمة عن ثلاثة، كما لا يجوز أن يقل هذا العدد عن اثنين بالنسبة لباقى الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون . وإذا قل عدد الشركاء عن النصاب المذكور فى الفقرة السابقة اعتبرت الشركة منحلة بحكم القانون ...»

وقد تنتهى الشخصية المعنوية بطريقة اختيارية وذلك إذا كان الشخص

الاعتبارى جماعة من الأشخاص وأجمع كل أعضائه على حله ، أو قررت ذلك الأغلبية التى تملك سلطة الحل .

وقد يكون الانقضاء اجبارياً ، وذلك بمقتضى عمل من جانب الدولة . وهذا الانهاء قد يتم من جانب السلطة التشريعية ، بأن تلغى طائفة معيّنة من طوائف الشخص المعنوى بوجه عام (كالغاء نظام الوقف على غير الخيرات بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢) . أو بالغاء شخص معنوى كسب شخصيته عن طريق هذه السلطة . وقد يكون الانهاء عن طريق السلطة التنفيذية أو الإدارية بسحب الترخيص السابق منحه منها لقيام أحد الأشخاص المعنوية ، أو فى غير ذلك من الأحوال إذا وجد من الأسباب ما يبرر الحل (أنظر المادة ٤٢ من قانون الجمعيات رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢) .

وقد يكون الحل أو الانهاء بمقتضى حكم قضائى صادر عن السلطة القضائية بحل الشخص المعنوى لسبب من الأسباب التى يقررها القانون.

فتقضى المادة ٥٣٠ من القانون المدنى بأنه « يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب أخر لا يرجع الى الشركاء ، ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل ...»

مصير حقوق والتزامات الشخص المعنوى بعد الانقضاء :

إذا ما تحقق سبب من أسباب انقضاء الشخص المعنوى التى عرضنا لها منذ قليل ، انتهى الشخص المعنوى وانتهت معه شخصيته القانونية .

وبالنسبة لمصير حقوقه والتزاماته ، فالملاحظ أن منها ما ينقضى كذلك بانقضاء الشخص المعنوى كالحقوق غير المالية مثل الحق التاديبى للشخص المعنوى على أعضائه ، وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من اشخاص القانون العام ، بل وتنقضى كذلك بعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصى كحق الانتفاع الذى ينقضى حتماً - من قبل حلوله أجله - بانقضاء الشخص المعنوى ولا ينتقل عنه الى غيره .

أما بالنسبة لباقى حقوق الشخص المعنوى والتزاماته ، فإنه ينبغى أن نفرّق بين ما إذا كان انتهاء الشخص المعنوى يقصد منه الى حلول شخص معنوى أخر محله أو كان انقضائه انقضاءً كاملاً بلا خلافة .

فإذا ثبت أن انقضاء الشخص المعنوى كان بقصد تجزئته الى جملة أشخاص معنوية (كتقسيم دولة أو جمعية الى دولتين أو جمعيتين أو أكثر) أو كان بقصد ادماجه فى شخص معنوى آخر أو ضمه اليه (كاندماج دولة فى أخرى أو اندماج شركة فى أخرى أو ضمها اليها) فإن الغالب أن الأشخاص المعنوية الناشئة عن التجزئة أو الاندماج إنما تخلف الشخص المعنوى المتجزئ أو المندمج فى حقوقه والتزاماته ، « ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات ، أى لذمة الشخص المعنوى » .

أما إذا كان الانقضاء كاملاً بلا تجزئة أو اندماج ، فإن الأمر يقتضى تصفية حقوق والتزامات الشخص المعنوى . وفى هذه الحالة يستقر الفقه والقضاء على مبدأ أن تظل الشخصية القانونية للشخص المعنوى قائمة بالقدر اللازم للتصفية والى أن تتم هذه التصفية .

وقد نص القانون على هذا الحكم فى شأن الشركات ، فتقضى المادة ٥٣٣ مدنى بأن « تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين ، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهى هذه التصفية» .

ويراعى أن الحكم السابق يعد مبدأ عاماً ينبغى أن ينطبق بطريق القياس على غير الشركات من الأشخاص المعنوية ، وعلى هذا يستقر الفقه .

وأخيراً ، فإنه إذا تمت تصفية الشخص المعنوى وسددت ما عليه من ديون ، وبقيت بعض الأموال ، فإن هذه الأموال تؤول أو توزع طبقاً للقانون أو لنظام الشخص المعنوى . وفى هذا الخصوص يجب التفرقة فى شأن الأشخاص المعنوية الخاصة ، بين ما يستهدف منها تحقيق الربح ، وما لا يستهدفه . فبالنسبة للتى تستهدف تحقيق الربح كالشركات ، فإن باقى الأموال والحقوق – التى ظهرت بعد التصفية – يوزع على الأعضاء أو الشركاء . أما الأشخاص التى لا تستهدف تحقيق الربح كالجمعيات والمؤسسات ، فالأصل أن الفائض أو المتبقى لا يؤول الى الأعضاء أو المنشئين أو ورثتهم ، وانما تؤول عادة ، وفقًا لنظام الشخص المعنوى أو لقرار الحل أو لحكم القانون ، الى شخص معنوى آخر . فتقضى المادة (٤) من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بأنه : « لا يجوز أن ينص النظام الأساسى للجمعية على أيلولة أموالها إلا إلى صندوق اعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية أو إلى إحدى الجمعيات أو المؤسسات الأهلية أو الاتحادات الخاضعة لأحكام هذا القانون » كما تقضى المادة (٤٥) من القانون السالف بأنه «

يقوم المصفى بعد تمام التصفية بتوزيع ناتجها وفقاً للأحكام المقررة فى النظام الأساسى للجمعية . فإذا لم يوجد نص فى هذا النظام أو استحال تطبيق ما ورد به آل ناتج التصفية إلى صندوق إعانات الجمعيات والمؤسسات الأهلية المنصوص عليها فى الباب الرابع من هذا القانون » .

الفرع الثانى

اسم الشخص المعنوى

رأينا أن للشخص الطبيعى اسم يميّزه عن غيره من الأشخاص ، وكذلك الشأن أيضاً بالنسبة للشخص المعنوى ، حيث يجب أن يكون له اسم أو عنوان يتميّز به عن غيره من الأشخاص المعنوية ويكون علامة خارجية تبرز شخصيته وتتيح تعيينه وعدم اختلاطه بغيره من الأشخاص المعنوية .

فمثلاً تقضى المادة الثالثة من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالجمعيات والمؤسسات بضرورة أن يشمل نظام الجمعية « اسم الجمعية » وكذلك فعلت المادة ٧٠ من هذا القانون بالنسبة للمؤسسة .

أما عن نوعية الاسم فالملاحظ انه فى شأن أشخاص القانون الخاص المعنوية ، يعبر الاسم عن الغرض الذى أنشىء الشخص المعنوى لتحقيقه كما هو الحال فى الجمعيات والمؤسسات والشركات . غير انه قد يحدث أحياناً وبالذات فى شركات الأشخاص ، أن يكون الاسم عبارة عن اسم فرد أو اكثر من اشخاص المؤسسين للشخص المعنوى ولكن مضافاً اليه ما يفيد بوجود الشخص المعنوى وباستقلاله عن شخصية مؤسسيه أو اعضائه .

وإذا كان الشخص المعنوى يتخذ اسماً تجارياً يمارس التجارة تحته ، فإن حقه على هذا الاسم يعد حقّاً مالياً (بخلاف حق الشخص الطبيعى على اسمه) يجوز التصرف فيه باعتباره من عناصر « المحل التجارى » ولكن لا يجوز التصرف فى الحق فى الاسم التجارى استقلالاً عن التصرف فى المحل التجارى ذاته ، وذلك حماية للجمهور من اللبس والتضليل . وبناء على ما تقدم فإن حق الشركة على اسمها يعد حقّاً ماليًا ، أما الجمعية أو المؤسسة وطالما انها لا تهدف الى تحقيق الربح، فحقها على الاسم يعد حقاً ادبياً من حقوق الشخصية .

وإذا كنا قد رأينا أن القانون يحمى حق الانسان على اسمه ، فإنه هنا أيضًا

يحمى حق الشخص المعنوى على اسمه وبالتالى يكون للشخص المعنوى أن يطالب بوقف الاعتداء على اسمه ولو لم يكن قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، وسواء تمثل هذا الاعتداء فى منازعة الغير له فى استعمال هذا الاسم أو فى انتحاله اياه ،كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

الفرع الثالث

الحالة

وضع المسألة :

رأينا أن الحالة تعنى المركز الملازم للشخص فى جماعة معيّنة وحيث تتأثر شخصيته ومداها بحالته . فهى تتأثر بمركز الشخص فى الدولة التى يعيش فيها من حيث كونه وطنياً أم أجنبيًا (وتلك هى الحالة السياسية أو العامة) كما تتأثر بمركزه فى الأسرة (وتلك هى الحالة العائلية أو المدنية أو الحالة الخاصة) . كما تتأثر كذلك – فى بعض البلاد – بديانته (وتلك هى الحالة الدينية) .

فهل عناصر الحالة السابقة والخاصة بالشخص الطبيعى تعد عناصراً كذلك لحالة الشخص المعنوى ؟

واضح أنه لا يتصور وجودحالة عائلية للشخص المعنوى ، فهى قاصرة بالطبيعة على الفرد الانسانى ، فلا يتمتع الشخص المعنوى بما يتمتع به الشخص الطبيعى من حقوق الأسرة . وأما الحالة الدينية ، فأيضاً تعد من خصائص الانسان وحده ، وإذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معيّن للدولة (كما هو الحال فى الدستور المصرى) فإن ذلك لا يعنى أن للدولة – وهى شخص معنوى – عقيدة ودين كالأفراد ، وانما يقصد بمثل هذا النص اعلان أن هذا الدين هو دين الأغلبية لأفراد الشعب ، بحيث يجب أن يراعى المشرع فيما يضعه من قوانين وتشريعات الا تتعارض مع مبادئ هذا الدين ، كما تتخذ الدولة من أعياده أعياداً لها . كل ذلك دون فرض تعاليم هذا الدين على من لا يدينون به من الرعايا والقاطنين ، فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم من الحريات الأساسية للفرد التى تلتزم كل دولة باحترامها وتوفيرها للأفراد جميعاً دون تفرقة .

يتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية – وتلك يتصور توافرها للشخص المعنوى كالشخص الطبيعى ، وهذا ما ندرسه فى الفقرة التالية .

جنسية الشخص المعنوى :

ذهب فريق من الفقه الى انكار ثبوت الجنسية للشخص المعنوى بحجة أن الجنسية رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والفرد ، بحيث يتحدد بها عنصر الشعب فى الدولة وتقوم على ما بين الفرد ووطنه من روابط عاطفية ونفسية ، وهو ما لا يتصور توافره إلا بالنسبة الى الانسان .

وقد لاحظ البعض بحق على الراى السابق أن يقوم على افتراض « أن مميزات الشخص الطبيعى لا يمكن ثبوتها للشخص المعنوى إلا على نفس العناصر وفى نفس الحدود ، وهو تماثل غير متصور التحقيق فى العمل ، لأن الشخص المعنوى إذا كان يتوافر - كالشخص الطبيعى - على ذات الشخصية فلا يعنى ذلك أنه نسخة ثانية منه ، بل أن بينهما من الاختلاف فى الطبيعة والتكوين ما يحتم الاختلاف بينهما فى مدلول وعناصر مميزاتها المتقابلة ، دون أن يؤدى ذلك الى انكار هذه المميزات على احد الشخصين دون الآخر . فليس يعنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب فى الدولة وتثبت للشخص الطبيعى وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتماً نفس الأثر وتقوم على نفس العناصر بالنسبة الى الشخص المعنوى وإلا امتنع ثبوتها له ، فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ما هو محتوم بين الشخصين » .

وحقيقة الأمر انه برغم الاختلاف بين جنسية الشخص المعنوى وجنسية الشخص الطبيعى نتيجة اختلافهما فى الطبيعة والتكوين ، فإن الفكرة واحدة فى الجنسيتين وهى وجود رابطة تبعية بين الشخص ودولة معيّنة ، ومثل هذه الرابطة لا بد من وجودها بالنسبة للشخص المعنوى . هذه الرابطة لا ينكرها من انكر جنسية الشخص المعنوى الأمر الذى يجعل من هذا الانكار انكار للتسمية دون المضمون . فالشخص المعنوى باعتباره شخصاً فى نظر القانون وأهلاً لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام ، لا بد له من الارتباط بدولة معيّنة يتمتع فى داخلها بالحقوق التى تسمح بها قوانينها ، ويتمتع خارجها بحمايتها ، لذلك لا بد له من جنسية معيّنة يتمع بها .

اما عن المعيار الواجب الأخذ به فى شأن تحديد جنسية الأشخاص المعنوية ، فالسائد هو أن تتحدد جنسية الشخص المعنوى تبعاً للدولة التى يوجد فيها مركز إدارته الرئيسى الفعلى ، فمتى اتخذ الشخص المعنوى بلداً معيناً مركزاً لإدارته تثبت له جنسية هذا البلد . وتظهر اهمية ذلك فى ان الشخص المعنوى يخضع فى

نظامه القانونى لقوانين الدولة التى يوجد فيها مركز إدارته الرئيسى الفعلى ، فتسرى عليه هذه القوانين فيما يتعلق بنشأته وتكوينه ونشاطه وانقضائه .

فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ١١ من القانون المدنى بأنه « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى » ويتبيّن من هذا النص أن المعوّل عليه فى هذا الشأن هو قوانين الدولة التى يتخذ فيها الشخص المعنوى مركز ادارته الرئيسى الفعلى . ولكن إذا باشر الشخص المعنوى نشاطه الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى حتى ولو كان مركز إدارته الرئيسى فى الخارج .

وفيما يتعلق بشركات المساهمة فى مصر ، أوجب المشرع على الشركات التى تؤسس فى مصر أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الأصلى بالجمهورية (م ٤١ تجارى) كما قضت المادة الأولى من قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة (قانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١) بأنه «تسرى أحكام هذا القانون على شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة التى تتخذ مركزها الرئيسى فى جمهورية مصر العربية ، أو تزاول فيها نشاطها الرئيسى .وعلى كل شركة تؤسس فى جمهورية مصر العربية أن تتخذ فى مصرمركزاً رئيسيًا لها » . وفى شأن الجمعيات أوجبت المادة الثانية من قانون الجمعيات – فى مصر – أن يكون مركز إدارة الجمعية فى مصر ، وكذلك أيضاً فعلت المادة ٥٧ بالنسبة للمؤسسات .

الفرع الرابع

أهلية الشخص الاعتبارى

أولاً : أهلية وجوب الشخص المعنوى وحدودها

أشرنا من قبل أن اهلية الوجوب ترادف اصطلاح الشخصية ، وأن معنى هذه الأهلية هو صلاحية الشخص لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام . والشخص المعنوى طالما انه يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعى ، كان لا بد من أن

يتمتع كذلك بأهلية وجوب أى صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . وبرغم هذا الاتفاق بين الشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية من حيث معنى الصلاحية إلا انهما يختلفان فى مدى هذه الصلاحية ونطاقها ، اختلافاً يبرره ما يوجد بينهما من اختلاف فى التكوين والغرض . فإذا كان الشخص المعنوى - كالشخص الطبيعى - يعد صاحباً للحقوق والالتزامات ، فليس بلازم أن يكون صاحباً لذات الحقوق والالتزامات الخاصة بالشخص الطبيعى ، حيث تضيق أهلية وجوبه عن أهلية الشخص الطبيعى ، فلا تتسع لتشمل كل ما تشمله أهلية وجوب الأخير .

ويلاحظ أنه إذا كانت أهلية الوجوب للشخص الطبيعى تعد واحدة بالنسبة لكل الأشخاص الطبيعيين ، إلا انها ليست كذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية ، حيث يبدو فيها التفاوت والاختلاف ، ولعل مرجع ذلك الى اختلاف أغراض الأشخاص المعنوية وتنوعها مما يجعل الاختلاف قائم بينها فيما يسند اليها من حقوق والتزامات .

قيود أهلية وجوب الشخص المعنوى :

رأينا أن أهلية وجوب الشخص المعنوى تعد أهلية محدودة بالنظر الى تكوينه الخاص وأغراضه التى يسعى الى تحقيقها . ولذلك ترد على أهلية الوجوب هذه عدة قيود يمكن أن ترد الى نوعين ، نوع يرجع الى طبيعة تكوين الشخص المعنوى واختلافه عن الشخص الطبيعى ونوع آخر يرجع الى مبدأ تخصص الشخص المعنوى بغرض معيّن يتحدد به ما يمكن أن يتمتع به من حقوق وما يفرض عليه من التزامات .

(١) الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان :

نظراً لأن الشخص المعنوى ليس انساناً ، فمن الطبيعى انه لا تثبت له وعليه الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، وانما تثبت له فحسب تلك الحقوق والالتزامات التى تتلاءم وتسمح بها طبيعته . وقد قضت المادة ٥٣ من القانون المدنى بأن « الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان الطبيعية ، وذلك فى الحدود التى قررها القانون » .

وبناء على ما تقدم فإن طبيعة الشخص المعنوى لا تقبل أن يتصور أن تكون له أسرة ، كذلك فإن هذه الطبيعة لا تسمح بأن تثبت للشخص المعنوى حقوق

الشخصية التى تهدف الى حماية الكيان المادى للشخص كالحق فى سلامة الجسم. أما حقوق الشخصية التى تتعلق بالكيان الأدبى للشخص الطبيعى ، فإن طبيعة الشخص المعنوى لا تأبى ثبوتها له ، فيكون له الحق فى سمعته والحق فى اسمه وحمايته .

هذا وقد اختلف الرأى فى شأن الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه ، وهل يعد هذا الحق من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالى اسناده الى الشخص المعنوى ، أم لا يعتبر كذلك فيمكن بالتالى ثبوته للشخص المعنوى ؟ يذهب الرأى الراجح الى أن المعوّل اليه فى ثبوت وصف المؤلف لشخص معيّن هو مساهمة هذا الشخص فعلاً فى خلق ذهنى جديد ، ولا يتصوّر أن تتحقق هذه المساهمة إلا من جانب الانسان ، إذ انه الكائن الذى له عقل بحيث يمكن أن يكون له نتاج ذهنى . ومقتضى هذا أن تتجافى طبيعة الشخص الاعتبارى على أن يكون صاحب الحق الأدبى على المؤلف أو المصنف . ومع ذلك فسنرى - عند دراستنا لحق المؤلف - أن المشرع المصرى ، مراعاة لاعتبارات عملية ، يعتبر الشخص المعنوى الذى وجه ابتكار المصنف الجماعى مؤلفاً فيخوّله وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف على هذا المصنف (م ١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢) . والمصنف الجماعى المشار اليه هو ذلك المصنف الذى يشترك فى وضعه شخصان أو اكثر بناء على تكليف من شخص أخر طبيعى أو معنوى تحقيقاً لهدف معيّن يقصد اليه هذا الأخير ، بحيث يظهر المصنف باسمه وينشر تحت ادارته ولا يمكن فصل نصيب كل من المشتركين فيه وتمييزه على حدة .

أما بالنسبة للحقوق السياسية ، فيرى البعض أنها لا تثبت للشخص المعنوى، لأنه تعبر عن الحقوق الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، بينما يرى أخرون أن طبيعة هذه الحقوق لا تحتم قصرها على الانسان ، إذ هى تهدف الى تمكين الشخص من أن يساهم فى ادارة شؤون بلده ، وكما تتحقق هذه المساهمة من جانب الفرد ، فمن المتصور كذلك أن تكون من جانب بعض الكائنات المكونة من جماعة من جماعات الأشخاص ، ويستشهدون لرأيهم ببعض القوانين التى تعترف ببعض الحقوق السياسية لطوائف من الأشخاص المعنوية ، من ذلك أن الولاية هى التى تمثل فى مجلس الشيوخ الأمريكى ، وأن الجامعات تمثل فى مجلس العموم البريطانى ، وأن بعض الدساتير تأخذ بتمثيل المهن والحرف فى المجالس التشريعية.

واخيراً تثبت للشخص المعنوى أهلية التقاضى ،وقد حرص المشرع فى المادة ٥٣ من القانون المدنى بالنص على أن للشخص الاعتبارى « حق التقاضى » فثبوت هذا الحق لا يتعارض مع طبيعة الشخص المعنوى ، وبالتالى يجوز أن يكون للشخص المعنوى طرفاً فى دعوى ، مدعياً أو مدعى عليه ، وتعلن الأوراق القضائية منه أو اليه فى شخص من يمثله .

(٢) مبدأ التخصص *Le Principe de la spécialité :*

تعنى أهلية الوجوب الثابتة للشخص الطبيعى ، أن يكون هذا الشخص صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات بصفة عامة دون تحديد أو تقييد . فهو حر فى مباشرة كافة الأنشطة وفى كافة المجالات ، غير مقيّد فى سعيه فى الحياة بأهداف معيّنة مادام انه لا يخالف النظام العام والآداب . اما الشخص المعنوى فإنه لا يوجد إلا لتحقيق هدف أو غرض معيّن يتحدد بحسب ما له من قيمة اجتماعية ، ومن ثم ينحصر نشاطه فى الحدود التى يقتضيها الهدف أو الغرض الذى وجد من اجله ، وبالتالى لا يكون صالحاً لكسب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض أو الهدف . وهذا ما يعرف بمبدأ التخصص بغرض معيّن ، وهو مبدأ عام يشمل كل أنواع الشخص المعنوى .

وقد أخذ التشريع المصرى بهذا المبدأ باعتباره مبدأ عاماً يسرى على كل أنواع الشخص المعنوى . فتلك هى المادة ٢/٥٣ب من القانون المدنى تقضى بأن للشخص الاعتبارى « أهلية فى الحدود التى يعيّنها سند انشائه ، أو التى يقررها القانون» إذ أن الغرض الذى وجد من أجله الشخص المعنوى يتحدد بموجب سند انشائه من ناحية .

« وإذا كانت الأشخاص المعنوية تخضع لمبدأ التخصص ، فيراعى أن تخصصها قد يكون تخصصًا قانونياً (Spécialité légale). وقد يكون تخصصًا نظامياً (Spécialité Statutaire). ويتحقق التخصص القانونى نتيجة انتماء الشخص المعنوى الى نموذج معيّن دون غيره من نماذج الأشخاص المعنوية التى يحددها القانون ، كالشركة تتخصص باقتسام الربح ، والجمعية تتخصص بغرض غير الحصول على ربح مادى ، والمؤسسة تتخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام . ويتحقق التخصص النظامى عن طريق النص فى نظام الشخص المعنوى على موضوع أكثر تحديداً داخل نطاق الغرض الأصلى والتخصص القانونى . كتخصيص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، أو جمعية

بإحياء التراث الأدبى القديم ، أومؤسسة برعاية اليتامى من الأطفال أو تشجيع الطلبة المتفوقين فى فرع من فروع العلم والمعرفة ، أو عن طريق التصريح فى نظام الشخص المعنوى باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة فى نطاق الغرض الأصلى والتخصص القانونى » .

ثانيًا : أهلية أداء الشخص المعنوى

عرفنا أن أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه ، وعرفنا أيضاً أن مناط هذه الأهلية فى الشخص الطبيعى هو التمييز حيث تقوم على مدى ما يتوافر له من قدرة ارادية .

والشخص المعنوى ، بحكم طبيعته ، لا يتوافر التمييز عنده ، إذ ليس له بذاته ارادة . ولذلك ذهب رأى قديم فى الفقه الى أن الشخص المعنوى يتحقق لديه عدم أهلية طبيعى من حيث أنه لا ادراك له ولا ارادة ، ومن ثم فلا يستطيع هذا الشخص أن يعمل إلا بواسطة ممثله ، شأنه فى ذلك شأن الشخص الطبيعى عديم الأهلية .

والواقع أنه يجب الا يفهم من كون الشخص المعنوى لا يمكن أن يعمل إلا بواسطة ممثليه ، أن يكون عديم الأهلية . « وانه يجوز بل يجب القول – بأن الارادة التى يفصح عنها ممثل الشخص المعنوى والأعمال التى يقوم بها يعتبرها القانون ، لضرورة اجتماعية وقانونية ، بمثابة ارادة وعمل الشخص المعنوى . وهذا على خلاف ما هو جارٍ بشأن القاصر ، فبينما يعتبر ممثل القاصر فى اعلانه لارادته معبراً عن ارادته هو ، نجد أن ممثل الشخص المعنوى إذ يعلن عن ارادته انما يعلن عن ارادة الشخص المعنوى نفسه ، وذلك أن ممثل الشخص المعنوى يعتبر فقط وسيلة لابراز أو اظهار ارادة ذلك الشخص ، وفى ذلك يقول القانون المدنى الجديد بأن الشخص المعنوى يكون له نائب يعبّر عن ارادته (م ٣/٥٣) » .

فهؤلاء الأشخاص الطبيعيون الذين يمثلون الشخص المعنوى هم الأداة التى يزاول بها نشاطه . ويتولى القانون أو نظام الشخص المعنوى تحديد هؤلاء الممثلين، فقد يتولى النشاط عن الشخص المعنوى فرد منفرد ، كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ أو المدير وذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات والمؤسسات والشركات ، أو الناظر بالنسبة للوقف . وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معيّنة تتالف من مجموعة من الأفراد ، مثل المجالس التشريعية والمجالس المحلية والجمعيات العمومية ومجالس الإدارة .

تحديد المركز القانونى لممثلى الشخص المعنوى :

رأينا أن نشاط الشخص المعنوى يتولاه أشخاص طبيعيون هم الممثلين للشخص المعنوى ، وقد إختلف الفقه فى شأن تحديد مركز هؤلاء من الشخص المعنوى الذى يباشرون عنه نشاطه .

(١) يأخذ رأى أول بفكرة الوكالة mandant ، حيث يعتبر هؤلاء الممثلين وكلاء عن الشخص المعنوى .

ولكن يؤخذ على هذا الرأى أن الوكالة تفترض تلاقى إرادتين، إرادة الوكيل وإرادة الموكل ، فإذا كانت ارادة الوكيل متحققة فى إرادة هؤلاء الممثلين ، فأين هى ارادة الوكل وهو الشخص المعنوى ، فالشخص المعنوى ليس له إرادة .

(٢) ويأخذ فريق ثان بفكرة النيابة القانونية représentation légale ، فيعتبرون هؤلاء الممثلين بمثابة نوابًا قانونيين عن الشخص المعنوى ، يستمدون سلطتهم فى العمل باسم الشخص المعنوى من القانون ذاته ، شأنهم فى ذلك شأن الولى أو الوصى أو القيّم الذى ينوب قانوناً عن عديم الأهلية أو ناقصها .

ويؤخذ على هذا الرأى أن مركز الشخص المعنوى يختلف عن مركز عديم الأهلية أو ناقصها . ذلك أن وجود أشخاص طبيعيين يمارسون نشاط الشخص المعنوى أمر تفرضه طبيعة الأشياء نظراً لما هنالك من إستحالة طبيعية فى أن يباشر هذا الشخص نشاطه بنفسه . بينما إقامة أشخاص ينوبون عن عديمى الأهلية أن ناقصيها أمر تدعو اليه فكرة حماية هؤلاء . ويترتب على هذا الفارق أن يكون وجود أشخاص طبيعيين يمارسون نشاط الشخص المعنوى هو الوضع الطبيعى الدائم طوال حياة هذا الشخص . أما إقامة أشخاص ينوبون عن عديمى الأهلية أو ناقصيها فهى من قبيل الاستثناء الموقوت بقيام السبب الذى دعا اليها ، حيث تزول بإكتمال الأهلية .

(٣) ويذهب فريق ثالث الى الأخذ بنظرية الجهاز أو الأداة Théorie de l'organe وهى نظرية راجت فى الفقه الألمانى فى هذا الصدد ، ومؤداها أن الشخص المعنوى لا يتصور وجوده دون أجهزة معيّنة تحقق نشاطه فى الحياة القانونية ، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءاً لا يتجزأ منه فلا كيان لها بذاتها منفصلة عنه . فهى بمثابة جسمه القانونى يستخدمها لتحقيق نشاطه واغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعى عضواً من أعضاء جسمه ، بحيث يعتبر العمل الذى تقوم به

هذه الأجهزة هو عمل الشخص المعنوى نفسه ، فينتج أثره مباشرة فى حقه بطريق الأصالة لا عن طريق النيابة ، فهى بهذا تفضل نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية .

ولكن يعيب هذه النظرية أنها تبالغ فى تشبيه الشخص المعنوى بالشخص الطبيعى رغم ما بينهما من اختلاف حتمى فى الطبيعة والتكوين ، فأعضاء الشخص الطبيعى التى يمارس بها نشاطه ليس لها كيان مستقل عن كيانه ، أما أجهزة أو أعضاء الشخص المعنوى فهم أشخاص لهم كيانهم المستقل يوجهون نشاط هذا الشخص بإرادتهم .

(٤) ويذهب اتجاه أخير الى « أن الشخص المعنوى لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذى تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطاً بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف بالحقيقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين - وليس الشخص المعنوى نفسه - هم الذين يقومون بكل نشاطه . وليس فى ذلك ما يطعن فى شخصية الشخص المعنوى ، لأن ثبوت الشخصية لشخص معيّن لا يمنع من اسناد نشاطها الى شخص آخر . ولذلك ليس ما يدعو إذن الى ما تدعيه خاصة نظرية « الجهاز » من تلاشى هؤلاء الأشخاص الطبيعيين فى الشخص المعنوى كأجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه مثل أعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانسانى .

ولكن إذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط لا الشخص المعنوى ، فلا يعنى ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل هى تنصرف اليه وحده . وواضح أن انصرافها اليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعى نظرية « الجهاز» ، فقد سبق أن رفضنا منطقها فى هذا الصدد . وكذلك إذا كانت فكرة النيابة القانونية خاصة قد تبدو أقرب الأفكار لتفسير آثار هذا النشاط اليه ، فهى قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير أمام اختلاف وضع الشخص المعنوى عن وضع الأفراد عديمى الأهلية أو ناقصيها ، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب الأصل إلا للتصرفات القانونية دون الأعمال المادية . ولذلك ينبغى بناء نظرية خاصة مستقلة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة الشخص المعنوى المختلفة عن طبيعة الفرد الانسانى وباتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعى . فطبيعة الشخص المعنوى تجعل مستحيلاً نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط فى صورة أعمال مادية أو فى صورة تصرفات قانونية .

وبذلك يصبح محتوماً وطبيعياً قيام أشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص المعنوى وتولى نشاطه المادى والقانونى على السواء . وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الذى يمثلونه لا لحسابهم الخاص ، ولذلك يكون طبيعيًا أن تنصرف كل آثار ها النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

ففكرة التمثيل إذن فى شأن الشخص المعنوى تقابل فكرة النيابة القانونية فى شأن الشخص الطبيعى ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص المعنوى ، كما تفسر الأخرى انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوّام الى عديمى الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميّزة عنها تميزاً ظاهراً » . إذ هى مفروضة بقوة الأشياء ، وبحكم طبيعة الشخص المعنوى كأصل دائم تدوم مادامت الشخصية المعنوية ، وليست كالنيابة القانونية علاجًا لنقص موقوت أو عارض طارئ . وهى تستوعب بالتالى حتماً كل ما يحتاجه الشخص المعنوى من نشاط أياً كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التى تقتصر على بعض نواحى النشاط دون بعض وتتركز أصلاً فى التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص المعنوى بكونهم ممثليه الطبيعيين اللازمين له على الدوام فى كل ما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه – لا بوصفهم اجزاء لا تتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز – وانما بوصفهم أشخاصًا ذوى شخصية وكيان ، وإن كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم ولحسابهم الخاص ولكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط اليه وحده » .

والواقع أنه برغم ما فى الرأى السابق من منطق وقوة وبراعة فى العرض ، إلا اننا يجب أن نلاحظ اننا عندما نتكلم عن التمثيل أو ممثلى الشخص المعنوى ،فاننا نتكلم عن ذلك بصدد أهلية أداء الشخص المعنوى . والأهلية كما رأينا مناطها الارادة ، والارادة فى شأن أهلية الأداء لا تلزم إلا للأعمال والتصرفات القانونية ، وطالما أن الشخص المعنوى بغير ارادة ، فلا بد من وجود ممثلين له يتمتعون بارادة يستمدونها من التعبير عن ارادة من يمثلونه . فلا حاجة بنا الى القول بأن فكرة التمثيل تتسع لكل نشاط الشخص المعنوى ، حيث لا يعنينا من هذا النشاط إلا النشاط الارادى طالما اننا نتكلم عن أهلية اداء الشخص المعنوى . ولذلك فنحن نؤثر

القول بأن الذين يمثلون الشخص المعنوى يعتبرون نواباً قانونيين عنه ، وان كانت هذه النيابة القانونية تخضع لأحكام خاصة تتفق مع طبيعة الشخص المعنوى وتكوينه .

مدى أهلية أداء الشخص المعنوى :

أشرنا من قبل أن مبدأ التخصص يحد من أهلية الوجوب لدى الشخص المعنوى ، فلا يكون صالحاً لاكتساب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذى وجد من أجله والذى يستمد منه قيمته الاجتماعية . وكذلك فإن هذا المبدأ يحد أيضاً من أهلية أداء الشخص المعنوى حيث ينحصر نشاطه فى الحدود التى يقتضيها هذا الغرض وحده دون غيره من الأغراض . وقد قضت المادة (٢/٥٣ب) من التقنين المدنى فى هذا المعنى بأن يكون « للشخص المعنوى أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه ، أو التى يقررها القانون » .

وبالتطبيق لهذا المبدأ – بالنسبة للجمعيات قضت المادة ٢٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية بأن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق اغراضها ، ولها أن تستثمر فائض ايراداتها على نحو يضمن لها الحصول على مورد ثابت أو أن تعيد توظيفها فى مشروعاتها الانتاجية او الخدمية وفى جميع الأحوال يمتنع على الجمعية الدخول فى مضاربات مالية » .

فالشخص المعنوى عليه – بصفة عامة – أن يتقيْد بالغرض العام المحدد بالقانون وفقًا للطائفة التى ينتمى اليها ، وحدود الغرض الخاص الذى حدده نظامه الداخلى أو سند انشائه . فلا يجوز – مثلاً – لجمعية القيام بأعمال تجارية أو الدخول فى مضاربات مالية ، ولا يجوز لجمعية علمية أو دينية أن تقوم بنشاط سياسى ، وبالمثل لا يجوز للشركة الانشغال بالسياسة ، ولا لشركة تخصصت فى انتاج أفلام سينمائية أن توجه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية أو الى استخراج البترول أو المعادن وهكذا .

ولكن لا يعد خروجاً على مبدأ التخصص أن يباشر الشخص المعنوى أعمال وأنشطة أخرى غير محددة له ، طالما كانت من مستلزمات غرضه الأصلى أو من مكملاته ، ومثال ذلك ، شركة غزل تنشىء مستشفى لعمالها أو دار حضانة لأولاد موظفيها وهكذا ...

وهناك جزاءات يفرضها القانون فى حالة خروج الشخص المعنوى على مبدأ

التخصص . وهذه الجزاءات قد تصيب الشخص المعنوى ذاته ، كما هو الحال فى حل الجمعية أو المؤسسة إذا تصرفت فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها (م ٤٢ و ٦٣ من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية) . وقد تصيب هذه الجزاءات ممثلى الشخص المعنوى ، كما هو الحال فى عزل مديرى المؤسسة الذين يستعملون أموالها فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها (مادة ٦٣ من القانون السابق) . وكما هو الحال فى حبس أو تغريم كل من باشر نشاطاً للجمعية أو للمؤسسة يجاوز الغرض الذى انشئت من اجله أو أنفق أموالها فيما لا يحقق هذا الغرض أو دخل بأموالها فى مضاربات مالية (م ٧٦ من القانون السابق) .

وكل قرار أو تصرف يصدر على خلاف ما يقضى به غرض الشخص المعنوى يكون غير نافذ ، وذلك بالاضافة الى مسؤولية من أصدره قبل الشخص المعنوى . وتطبيقاً لذلك بالنسبةالى الجمعيات والمؤسسات ، تقضى المادة ٢٣ من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بأنه : « فى الأحوال التى تصدر فيها الجمعية قراراً ترى الجهة الإدارية انه مخالف للقانون أو لنظامها الأساسى يكون لهذه الجهة أن تطلب من الجمعية بكتاب موصى عليه بعلم الوصول سحب القرار ، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ إفادتها به وفقًا للفقرة الثالثة من المادة (٣٨) من هذا القانون ، فإذا لم تقم الجمعية بسحبه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اخطارها ، كان للجهة الإدارية أن تعرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧) من هذا القانون ، ويكون رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة بمراعاة حكم الفقرة الأخيرة من المادة (٧) المشار إليها » .

وإذا اندرج القرار المخالف لغرض الشخص المعنوى (الجمعيات والمؤسسات الأهلية) تحت البنود (ج ، د ، هـ) من المادة ٧٦ ثانياً من قانون الجمعيات (تلقى أموال من الخارج أو ارسال أموال للخارج أو جمع تبرعات دون موافقة الجهة الإدارية - أو انفق أموال الجمعية أو المؤسسة الأهلية فى غير أغراضها أو ضارب بها فى عمليات مالية ، أو تصرف فى مال لها بعد صدور الحكم بحلها وتصفيتها) قضت المحكمة المختصة بالزام المخالف بجانب الجزاء الجنائى وهو الحبس أو الغرامة التى لا تزيد على الفى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، بالزام المحكوم عليه كذلك بغرامةتعادل قدر ما تلقاه أو ارسله أو جمعه أو أنفقه أو ضارب به أو تصرف فيه من أموال ، بحسب الأحوال ... » .

كما يجوز لوزير الشئون الاجتماعية أن يصدر قراراً بإلغاء التصرف المخالف او بإزالة سبب المخالفة أو بعزل مجلس الإدارة أو بوقف نشاط الجمعية وذلك فى أى من الحالتين الآتيتين : ١- عدم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين أو عدم انعقادها بناء على الدعوة لانعقادها تنفيذاً لحكم الفقرة الثانية من المادة (٤٠) من هذا القانون . ٢-عدم تعديل الجمعية نظامها وتوفيق أوضاعها وفقًا لأحاكم هذا القانون ... (مادة ٤٢ من القانون ٨٤ لسنة ٢٠٠٢) .

مسؤولية الشخص المعنوى :

نفرّق فى هذا الصدد بين مسؤولية الشخص المعنوى المدنية ومسؤوليته الجنائية :

(١) *المسؤولية المدنية للشخص المعنوى :*

يجوز أن يسأل الشخص المعنوى مسؤولية تقصيرية ، شأنه فى ذلك شأن الشخص الطبيعى ، فالمسؤولية المدنية – على خلاف المسؤولية الجنائية – انما تقع على اموال الشخص المعنوى . ولهذا تجوز مسائلة الشخص المعنوى عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه أو هيئاته . ومن امثلة هذه الأخطاء أن يفصل مدير شركة عاملاً بدون مبرر ، أو يدهس قطار أحد المارة أو تقلد شركة علامة تجارية لشركة اخرى .

ويختلف الشخص المعنوى عن الشخص الطبيعى فى أن طبيعته تأبى أن ينسب اليه تمييز يتوفر معه عنصر الادراك فى الخطأ . وهذا امر لا اهمية له إذا كان الخطأ قد صدر من شخص يمثل الشخص المعنوى ويمكن اعتباره تابعاً له ، إذ فى هذه الحالة تكون مسؤولية الشخص المعنوى هى مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه ، وهذه المسؤولية لا يتطلب فيها أن يتوفر عنصر الادراك لدى المتبوع لأنها مسؤولية لا تقوم على الخطأ .

ولكن قد توجد هناك حالات يصعب فيها اعتبار من صدر عنه الخطأ تابعًا للشخص المعنوى ، كما لو كان الخطأ يتمثل فى قرار صادر من إحدى هيئات الشخص المعنوى ، كمجلس ادارة الشركة أو جمعيتها العامة ، وهناك أحوال أخرى لا يمكن فيها نسبة الخطأ إلا الى الشخص المعنوى ذاته ، كمنافسة تجارية غير مشروعة او تقليد علامة تجارية لشركة أخرى . ففى مثل هذه الأحوال وتلك ، تكون مسؤولية الشخص المعنوى مسؤولية عن عمل شخصى لا مسؤولية المتبوع

عن عمل التابع . وحينئذ يكون المناط فى قيام الخطأ هنا هو ركن أو عنصر التعدى وحده دون عنصر الادراك .

فمثل هذه الأخطاء ، رغم عدم صدورها فعلاً عن الشخص المعنوى مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأى نشاط ، ورغم صدورها فعلاً عن ممثليه من الأفراد ، إنما يجب أن تنصرف آثارها اليه وحده ولا تنصرف اليهم ، ماداموا قد ارتكبوا هذه الأخطاء بسبب أو مناسبة ممارسة النشاط لحساب الشخص المعنوى وفى حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له فى هذا النشاط ، أما ما يجاوز صدور هذا النشاط والتمثيل من الأخطاء ، فلا ينصرف أثره الى الشخص المعنوى ، بل الى ذات مرتكبيه من أفراد ممثلية ، فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسئولية عن أخطائهم الشخصية ، دون أن يتحملها الشخص المعنوى .

(٢) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوى :

من السائد فقهاً وقضاءً فى مصر وفى فرنسا ، أن الأشخاص المعنوية لا تُسأل جنائيًا عما يقع من ممثليها أو اعضائها من جرائم تقع أثناء تاديتهم لأعمالهم، بل أن المسؤولية الجنائية تقع على عاتق من ارتكبها . فشرط المساءلة الجنائية هو توافر الارادة عند المسؤول ، ولا ارادة للشخص المعنوى ، ولذلك لا يُسأل جنائيًا لانعدام الارادة لديه . كما أن تقرير مسؤولية الشخص المعنوى يتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة . فالعقوبة تصيب الأشخاص الممثلين للشخص المعنوى ومنهم من كان لا يعلم بالقرار المخالف المكوّن للجريمة ، فيقع الجزاء على برئ لم يقترف الجريمة . كما أن من العقوبات ما لا يتصور توقيعه على الشخص المعنوى كعقوبة الحبس مثلاً ، فضلاً عن أن هدف العقوبة هو الردع ولا تحقق هذه العقوبة هدفها عند من لا يتمتع بارادة حقيقية كالانسان .

والواقع أن الاعتراضات السابقة لا تنصب جوهريًا على مبدأ مسؤولية الشخص المعنوى بقدر ما هى تنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسؤولية الجنائية الخاصة بالأفراد أصلاً على الأشخاص المعنوية . ولكن طالما كان من المسلم فقهاً وقضاءً تحقق مسؤولية الشخص المعنوى مدنياً ، فليس هناك ما يمنع منطقاً من تصور مسؤولية الشخص المعنوى جنائياً عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه . ولكن مع ملاحظة أن العقوبات التى توقع على الشخص المعنوى يجب أن تتلاءم مع طبيعة هذا الشخص ، سواء كانت هذه العقوبات مشتركة فى النوعية بينه وبين الشخص الطبيعى أو مقصورة عليه

وحده كعقوبة الغرامة والمصادرة والوقف والحل والاغلاق .

ونثبت فى هذا الصدد اتجاه مشروع قانون العقوبات الجديد حيث يقضى بأن الأشخاص المعنوية مسؤولة جنائيًا عن أعمال مديريها وأعضاء اداراتها وممثليها ووكلائها عندما يأتون هذه الأعمال لحسابها وباسمها أو بإحدى وسائلها ولكن لا يجوز الحكم عليها إلا بالغرامة والمصادرة والتدابير المقررة لها قانونًا . وإذا كان القانون يقرر للجريمة عقوبة أصلية غير الغرامة أبدلت بها الغرامة . ولا يمنع ذلك من معاقبة من ارتكب الجريمة باسم الشخص المعنوى أو لحسابه أو بإحدى وسائلها بالعقوبات المقررة للجريمة.

هذا وقد نص قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية على مخالفات معيّنة يجوز حل الجمعية والمؤسسة بسببها (م ٤٢ و ٦٣) .

الفرع الخامس

موطن الشخص المعنوى

قلنا أن الموطن هو الذى يحدد للشخص مقراً قانونيًا يخاطب فيه بكل ما يخص علاقاته ونشاطه القانونى ، وأيضاً فإن الشخص المعنوى يتمتع هو الآخر بموطن مستقل عن موطن كل من أعضاءه أو منشئيه ، وهذا الموطن هو المكان الذى يوجد فيه مركز إدارة الشخص المعنوى . وقد نصت على ذلك المادة (٥٣ فقرة ثانية د) من القانون المدنى ، فقالت ، أن للشخص المعنوى « موطن مستقل ، ويعتبرموطنه المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته ...» .

ويُقصد بمركز الإدارة ، مركز الإدارة الرئيسى وهو المكان الرئيسى لنشاط الشخص المعنوى القانونى والمالى والإدارى ، وليس بالحتم أن يكون هو مركز الاستغلال ، فقد يحدث كثيراً أن يكون مركز الاستغلال فى مكان مناسب له بعيداً عن مركز الإدارة الرئيسى ، والمهم أن يكون هذا المركز - الرئيسى مركزاً حقيقياً وليس وهمياً للإدارة ، وإذا كان فى الامكان تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير إلا إذا كان تغييراً حقيقياً .

وإذا كان للشخص المعنوى فروع فى أماكن مختلفة ، فإنه بالامكان أن يتعدد الموطن بقدر تعدد هذه الفروع ، فلا يكون الموطن قاصراً على مركز الإدارة الرئيسى . فمركز إدارة الفرع يعد موطناً بالنسبة لهذا الفرع ونشاطه ، ويعد هذا

الحكم تطبيقًا لفكرة تعدد الموطن التى يأخذ بها القانون المصرى . والواقع أن تعدد الموطن نجده فى الحياة العملية متحققًا بالنسبة للشخص المعنوى أكثر من تحققه بالنسبة للشخص الطبيعى .

وتطبيقًا للقاعدة المتقدمة يقضى قانون المرافعات (م ١/٥٢) بأنه « يجوز رفع الدعوى الى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك فى المسائل المتعلقة بهذا الفرع » .

أيضاً فقد طبقت هذه القاعدة فى مصر بالنسبة للشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى خارج جمهورية مصر العربية ولها نشاط داخل الوطن ، حيث قضت المادة (٥٣ فقرة ثانية د) من القانون المدنى بأنه « يعتبر مركز ادارتها بالنسبة الى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية» . وبناء على ذلك إذا كانت هناك شركة مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فإن المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية هو الذى يعتبر مركز ادارتها بالنسبة الى القانون الداخلى، أى أن هذا المكان يعد موطناً لها فى نظر القانون المصرى ،حيث تجوز مقاضاتها أمام المحاكم المصرية .

الفرع السادس

ذمة الشخص المعنوى

إن مؤدى اعتبار الشخص المعنوى ذو شخصية قانونية مستقلة عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه ، أن تكون له ذمة مالية مستقلة عن ذمم هؤلاء الأعضاء المؤسسين . وقد نصت على ذلك المادة (٥٣ فقرة ثانية أ) من القانون المدنى فقالت أن للشخص المعنوى « ذمة مالية مستقلة » .

ومؤدى هذه الذمة المالية المستقلة أن تكون حقوق الشخص المعنوى ضامنة لديونه ، كما أن ديونه لا تضمنها إلا حقوقه . وبناء على ذلك لا يجوز لدائنى الأعضاء أو المؤسسين التنفيذ بحقوقهم على أموال الشخص المعنوى لأنها ليست أموال مدينهم ، كما لا يجوز لدائنى الشخص المعنوى التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء أو المؤسسين لأنها ليست أموال الشخص المعنوى ولا تدخل فى ذمته فلا تعد ضماناً عاماً لهم .

ولكن استثناء من القاعدة المتقدمة وفيما يتعلق بديون الشخص المعنوى ،

هناك بعض من الأشخاص المعنوية تكون ديونها مضمونة بأموالها وايضاً بأموال اعضائها . وتلك هى الشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية بالنسبة الى الشركاء المتضامنين فيها ، حيث يسأل الشركاء فى الشركات المدنية وكذلك فى شركات التضامن عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة . ولكن يجب الا يفهم من ذلك أن ذمم الشركاء تختلط بذمة الشركة فى هذه الحالة ، فللشركة ذمتها المالية المستقلة ، وانما حقيقة الأمر أن الشركاء يعتبرون ضامنين لديون الشركة نظراً الى الاعتبار الشخصى الملحوظ فى هذه النوعية من الشركات ، فهى تقوم على الثقة فى أشخاص اعضائها ، وليس من شأن الضمان أن يؤدى الى اختلاط ذمة الضامن بذمة المضمون . ولكن – ومع ذلك – فليس لدائنى الشركاء التنفيذ على أموال الشركة .

المطلب الثالث

الأشخاص المعنوية فى القانون الخاص

الأشخاص المعنوية الخاصة :

اشرنا من قبل الى أن الأشخاص المعنوية الخاصة ، هى تلك التى تضطلع باغراض يقوم بمثلها الأفراد أو الدولة باعتبارها شخصاً عادياً لا باعتبارها صاحبة السلطة العامة . وأشرنا أيضًا الى أن الأشخاص المعنوية الخاصة تنقسم الى قسمين ، جماعات الأشخاص ، وجماعات الأموال .

وقد تضمن نص المادة ٥٢ من القانون المدنى تعداداً للأشخاص المعنوية الخاصة التى يمكن حصرها فى الشركات المدنية والتجارية والجمعيات والأوقاف والمؤسسات .

ونعرض الآن لكل من الأشخاص الاعتبارية فى القانون الخاص .

الفرع الأول

الشـــركات

تعريف الشركة :

يعترف القانون للشركة بالشخصية المعنوية ، فتنص المادة ٥٢/٤ من القانون المدنى بأن الشخصية المعنوية تثبت للشركات جميعاً المدنية منها والتجارية على

السواء ، كما تنص المادة ٥٠٦ من القانون المدنى أيضـًا على أن الشركة تعتبر لمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً .

وتعرف المادة ٥٠٥ من القانون المدنى الشركة بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » .

فالشركة تقوم متى وجدت جماعة من الأشخاص مكوّنة على الأقل من شخصين (العنصر الشخصى) تساهم فى تكوين رأس المال Capital (العنصر المالى) للوصول الى غرض مشترك هو تحقيق ربح مالى gain au but Lucratif واقتسامه . فأخص ما تتميّز به الشركة عن الجمعية هى الرغبة فى تحصيل ربح .

أنواع الشركات :

الشركات التى ينشئها الأشخاص قد تكون تجارية وقد تكون مدنية .

فالشركات التجارية هى التى تباشر عملاً تجارياً acte de Commerce والأعمال التجارية هى الأعمال التى حددتها المادة الثانية من القانون التجارى ، ومثال الشركات التجارية ، شركات النقل والتأمين وشركات المقاولات وشركات التوريد ، والتصدير ، والبنوك .

والشركات المدنية هى التى تباشر عملاً مدنياً . ويعتبر عملاً مدنياً كل عمل لا يدخل فى الأعمال التى حددتها المادة الثانية من القانون التجارى . ومثال الشركات المدنية ، شركات استثمار الأموال عن طريق شراء العقارات واستغلالها ، لأن الأعمال المتعلقة بالعقارات تعد أعمالاً مدنية ، ومثالها أيضاً الشركات التى يكونها أصحاب الأراضى أو المزارعين لبيع المحصولات الناتجة عن الأراضى المملوكة لهم أو المزروعة بمعرفتهم (انظر المادة ٣ من القانون التجارى) . ولم يبيّن القانون المدنى شكلاً خاصاً للشركات المدنية . فالشركة المدنية تنشأ بعقد بين الشركاء ، وهى تقوم على الاعتبار الشخصى والثقة المتبادلة بين الشركاء ، ولذلك فهى تنحل بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو افلاسه .

أما القانون التجارى فقد حدد أنواعـًا مختلفة من الشركات وأهم أنواع الشركات التجارية هى شركات التضامن وشركات التوصية وشركات المساهمة وشركات المحاصة والشركات ذات المسؤولية المحدودة . ويمكن تقسيم هذه الشركات الى طائفتين : شركات الأشخاص وشركات الأموال .

أولاً : شركات الأشخاص :

تقوم هذه الشركات على الاعتبار الشخصى بين الشركاء ، فهى تتشابه لذلك مع الشركات المدنية ، ومن اهم شركات الأشخاص شركات التضامن وشركات التوصية .

١- أماشركات التضامن Société en nom collectif فتتميّز بأن كل شريك فيها يكون مسؤولاً عن ديونها لا بصفته مشاركاً فيها فحسب بل بصفته ضامناً لها . ويتبيّن من ذلك أن مسؤولية كل شريك عن ديون الشركة لا تقف عند حصته فى راس المال بل تتعداها الى أمواله الخاصة .

٢- أما شركات التوصية Société en commandite فتتميّز بوجود نوعان من الشركاء، شركاء مسؤولون عن التزامات الشركة مسؤولية غير محدودة ، وشركاء مسؤولون عن التزامات الشركة فى حدود ما يقدمونه من حصص فى رأس المال .

فالشريك من النوع الأول هو شريك متضامن Commandité au associè en nom لأن مسؤوليته عن ديون الشركة تتعدى حصته فى رأس المال الى سائر أمواله الخاصة . أما الشريك من النوع الثانى فهو شريك موصى فحسب Commanditaire لأن مسؤوليته تقف عند الحصة التى يقدمها .

ثانيًا : شركات الأموال :

وهى لا تعتمد على أشخاص الشركاء ، ولكنها ترمى الى تجميع رؤوس الأموال اللازمة لمباشرة الاستغلال المقصود ولذلك فهى تباشر المشروعات الكبيرة التى يعجز عن القيام بها عدد محدود من الأشخاص . وهى شركات كما قلنا لا يعتد فيها بشخص الشريك بل تكون العبرة بما قدمه من مال ، ولذلك فإن الغلط فى شخص الشريك لا يبطل الشركة ، كما يجوز للشريك التصرف فى حصته دون موافقة الشركاء ، كما أن وفاة الشريك أو الحجر عليه أو افلاسه أو إعساره لا يترتب عليها انهاء الشركة .

وتنقسم شركات الأموال الى :

١- شركات المساهمة Société anonymes ، وهى الشركات التى يجزء رأس مالها الى اسهم متساوية قابلة للتداول ، ولا يسأل المساهم عن ديون الشركة إلا فى حدود الأسهم التى يملكها .

٢- شركات التوصية بالأسهم . وتتكون من فريقين من الشركاء فريق متضامن يسأل مسؤولية غير محدودة عن ديون الشركة فى أمواله ويعهد اليه بإدارة الشركة ولا تنتقل حصته الى ورثته ، كما لا يجوز له التصرف فيها . وفريق موصى ، لا يسأل إلا فى حدود الحصة التى يمتلكها . على أن شركة التوصية بالأسهم تختلف عن شركة التوصية البسيطة ، فى أن حصص الموصين تمثل باسهم قابلة للتداول كما هو الحال فى أسهم شركات المساهمة .

ويبقى بعد ذلك نوعين من الشركات ، شركات المحاصة Société de participation وهى شركات لا تتمتع بالشخصية المعنوية حيث لا وجود لها بالنسبة للغير ، وإنما يقتصر وجودها على أطرافها فحسب .

اما الشركات ذات المسؤولية المحدودة Société à responsabilité limitée فهى تجمع بين شركات الأشخاص وشركات الأموال .

فهى تشبه شركات الأشخاص من ناحية أن عدد الشركاء فيها لا يجوز أن يزيد على خمسين شريكاً ، وان كل شريك لا يكون مسؤولاً إلا بقدر حصته ، وأنه لا يجوز تأسيسها عن طريق الاكتتاب العام ، وانه لا يجوز لها اصدار اسهم أو سندات قابلة للتداول . وان انتقال الحصص فيها يكون خاضعاً لاسترداد الشركاء . وتشبه شركات الأموال فيما يتعلق بتأسيسها وادارتها وتحديد مسؤولية الشركاء فيها وانتقال حصة كل شريك الى ورثته (أنظر المادة الرابعة من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة) .

بدء شخصية الشركات :

رأينا أن المشرع يعرف الشركة بأنها« عقد » ولذلك فإن الشركة تنشا بعقد ، ويجب أن يتوافر فى هذا العقد كل ما يشترط فى العقود من شروط انعقاد وشروط صحة . كما يجب أن يكون العقد مكتوباً ، حيث قضت المادة ٥٠٧ مدنى بأنه « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً » والذى دعا الى اشتراط الكتابة لانعقاد الشركة انها تكون عادة لمدة طويلة ، وأنها تتضمن شروطاً كثيرة ، بحيث يكون من الأيسر والمناسب أن يتم عقد الشركة بالكتابة . ومع ذلك فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٥٠٧ مدنى بأن البطلان الذى يترتب على عدم كتابة عقد الشركة هو بطلان « لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له اثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان » .

ويشترط القانون التجارى أن يقوم الشركاء باجراءات معيّنة لنشر عقد الشركة حتى يعلم الغير بنشوئها (أنظر مثلاً المادة ٤٨ من القانون التجارى القديم وهى من المواد التى أبقاها قانون التجارة الجديد) .

أما عن بدء الشخصية القانونية للشركة ، فهى تثبت لها بمجرد تكوينها ، أى بمجرد صدر القرار الجمهورى بالنسبة لبعض الشركات أو بمجرد تحرير العقد المنشىء لها بالنسبة للشركات الأخرى .

وتقضى المادة ٥٠٦ مدنى بأنه « لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون » والقانون المدنى لم يستلزم أى اجراءات للنشر بخصوص الشركات المدنية ، على خلاف القانون التجارى ، الذى ينظم شهر الشركات التجارية . وبناء على ذلك فإن الشركات المدنية تثبت لها الشخصية القانونية بمجرد تكوينها ، ويحتج بهذه الشخصية منذ ذلك الوقت على الغير .

أما الشخصية القانونية للشركات التجارية فلا يحتج بها على الغير إلا إذا حصل شهرها وفقًا لأحكام القانون . ولكن يجوز للغير أن يتمسك بهذه الشخصية إذا وجد ذلك فى صالحه ، فتقضى الفقرة الثانية من المادة ٥٠٦ مدنى بأنه « ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها » . فالدائن لأحد الشركاء له مصلحة فى عدم قيام الشركة ، وذلك حتى يمكنه أن يتقاضى حقه مما قدمه مدينه فى راس مال الشركة . فهو يستطيع أن يتمسك ببطلان الشركة بسبب عدم قيامها باجراءات النشر . أما الدائن الذى يتعاقد مع مدير الشركة – فهو على العكس – له مصلحة فى قيام الشركة ، وذلك حتى يمكنه أن يتقاضى حقه من رأس مال الشركة ، ومن الأموال الخاصة للشركاء المتضامنين فيها عند عدم كفاية راس مالها .

هذا وقد اشرنا من قبل الى نص المادة (٢٢) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة ، والذى يقضى بأنه « يجب اشهار عقد الشركة ونظامها بحسب الأحوال فى السجل التجارى ، ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة ولا يجوز لها أن تبدأ اعمالها إلا من تاريخ الشهر فى السجل التجارى » .

على اية حال ، فإنه يترتب على ثبوت الشخصية القانونية للشركات النتائج الآتية :

اولاً : تنتقل ملكية احصة التى يقدمها كل شريك فى رأس مال الشركة الى الشركة والتى يكون لها التصرف فيها بجميع وجوه التصرف . ويتقصر حق الشريك على أن يكون مجرد دائن للشركة بنسبة من الأرباح التى تحققها ، وبنصيب من موجوداتها عند انتهائها وتصفيتها . فحق الشريك فى الشركة هو حق شخصى وليس حق ملكية ، كما انه يعتبر من الحقوق المنقولة دائماً حتى ولو كان قد قدم حصة عقارية .

ثانيًا : تخصص ذمة الشركة للوفاء بديونها ، ولذلك لا يكون لدائنى أى شريك حق التنفيذ على الأموال التى قدمها حصة فى الشركة ، لأن هذه الحصة انتقلت ملكيتها الى الشخص المعنوى وهو الشركة .

ولهذا قضت المادة ٥٢٥ مدنى بأنه « إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون، فليس لهم اثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقه مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال ، وانما لهم أن يتقاضوها مما يخصه فى الأرباح » .

انتهاء شخصية الشركات :

اولاً : بانتهاء الميعاد المعيَّن لها أو بانتهاء العمل الذى قامت من اجله . (المادة ٥٢٦ مدنى) .

ثانيًا : بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها (المادة ٥٢٧ مدنى) .

ثالثاً : بموت أحد الشركاء او بالحجر عليه او بإعساره أو بافلاسه .

رابعًا : بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدة الشركة غير معيَّنة (م ٥٢٩ مدنى) أو بالحكم باخراجه من الشركة إذا كانت مدة الشركة معيَّنة واستند الشريك لطلب اخراجه الى أسباب معقولة (م ٢/٥٣١) .

خامساً : بالحكم بحلها لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر لا يرجع الى الشركاء ، ويقدر القاضى ما ينطوى عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل (م ٥٢٠ مدنى) .

سادساً : باجماع الشركاء على حلها (المادة ٢/٥٢٩ مدنى) .

والأصل ان الشخصية القانونية تزول عن الشركة بمجرد انقضائها ، غير أن المادة ٥٢٣ مدنى تقضى بأنه « أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهى هذه التصفية » ، كما تقضى المادة ١٣٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة

١٩٨١ المشار اليه سابقاً بأن « تحتفظ الشركة خلال مدة التصفية بالشخصية الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التصفية . ويضاف الى اسم الشركة خلال التصفية عبارة (تحت التصفية) .

الفرع الثانى

الجمعيات

تعريف الجمعية وتحديد خصائصها :

عرفت المادة الأولى من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية ، الجمعية بأن « تعتبر جمعية فى تطبيق أحكام هذا القانون كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من اشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية ، أو منهما معاً لا يقل عددهم فى جميع الأحوال عن عشرة وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادى » .

يتضح من هذا النص أن الجمعية تتميّز بالخصائص الآتية :

(١) فهى مجموعة من مجموعات الأشخاص ، حيث تتكوّن من جماعة من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية . ويجب الا يقل عددهم عن عشرة .

(٢) وهى جماعة لها تنظيم مستمر . وليس معنى ذلك أن تكون الجمعية أبدية ، فقد يحدد بقاء الجمعية بمدة معيّنة وهو ما حرص النص على ابرازه ، وبذلك تختلف الجمعية عن المؤتمرات والاجتماعات المؤقتة .

(٣) وهى تهدف الى تحقيق غرض غير مادى ، أى لا تسعى للحصول على الربح . وهذا مميزها الأساسى والذى يفرّق بينها وبين الشركة . ولا يشترط فى هذا الغرض أن يكون تحقيق مصلحة عامة ، فقد تكون المصلحة المقصود هى مصلحة أعضاء الجمعية انفسهم . بل قد يكون الغرض اقتصادياً طالما انه لا يهدف الى تخصيص ربح مادى ، كاتحاد الصناعات والجمعيات الزراعية ، وقد يكون الهدف مساعدة الفقراء والمحتاجين ، وقد يكون الغرض مالياً أو علمياً .

ميادين نشاط الجمعيات :

راينا أن المشرع قد وضع القاعدة فى شأن الهدف الواجب أن تسعى اليه الجمعية ، وهذا الهدف يجب الا يتضمن نشاطاً يهدف الى تحقيق الربح . كما يجب

أن يكون هذا الهدف أو الغرض فى حدود النظام العام والآداب العام فى مصر ، ويلاحظ أن قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية لم يعن بتحديد أهداف أو أغراض الجمعيات ، وإنما حرص فى المادة (١١) منه على تحديد الأغراض غير المشروعة التى يجب الا تدخل فى نشاط الجمعيات . فقضت هذه المادة بأن :

« تعمل الجمعيات على تحقيق أغراضها فى الميادين المختلفة لتنمية المجتمع وفقاً للقواعد والاجراءات التى يحددها القانون واللائحة التنفيذية ، ويجوز للجمعية - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية - أن تعمل فى أكثر من ميدان .

ويحظر انشاء الجمعيات السرية ، كما يحظر أن يكون من بين أغراض الجمعية أن تمارس نشاطاً مما يأتى :

١- تكوين السرايا أو التشكيلات العسكرية أو ذات الطابع العسكرى .

٢- تهديد الوحدة الوطنية أو مخالفة النظام العام أو الآداب أو الدعوة إلى التمييز بين المواطن بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة .

٣- أى نشاط سياسى تقتصر ممارسته على الأحزاب السياسية وفقاً لقانون الأحزاب ، وأى نشاط نقابى تقتصر ممارسته على النقابات وفقاً لقوانين النقابات .

٤- استهداف تحقيق ربح أو ممارسة نشاط ينصرف إلى ذلك ، ولا يعد اتباع الضوابط التجارية لتحقيق ناتج يساهم فى تحقيق أغراض الجمعية نشاطاً مخالفاً» .

ومع ذلك فلقد خصصت اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادرة برقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٣ بتخصيص الباب الثالث من اللائحة لأغراض الجمعيات وحقوقها والتزاماتها فقضت المادة (٤٨) من هذه اللائحة بأنه :

« فيما عدا المحظورات المنصوص عليها فى المادة (١١) من القانون يجوز للجمعية بعد اكتسابها الشخصية الاعتبارية القيام بأى نشاط يؤدى إلى تحقيق أغراضها فى تنمية المجتمع .

وتعد من ميادين تنمية المجتمع أية أنشطة تهدف إلى تحقيق التنمية البشرية المتواصلة سواء فى ذلك الأنشطة التعليمية أو الصحية أو الثقافية أو الخدمات

الاجتماعية أو الاقتصادية أو البيئية أو حماية المستهلك أو التوعية بالحقوق الدستورية والقانونية أو الدفاع الاجتماعى أو حقوق الانسان وغير ذلك من الأنشطة » .

وللجمعية الحق فى إضافة ميدان جديد لنشاطها حيث قضت الفقرة الثالثة من المادة (٤٨) المشار إليها بانه : « وفى الأحوال التى ترغب فيها الجمعية اضافة ميادين جديدة لم يكن قد تضمنه نظامها الأساسى أو العمل فى أكثر من ميدان من ميادين تنمية المجتمع يكون لها أن تتقدم بطلب إلى الجهة الإدارية المختصة التى تصدر قرارها فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب وذلك بعد اخذ راى الاتحاد المختص .

وإذا كان النشاط الذى تباشره الجمعية يتطلب الحصول على ترخيص من وزارة أخرى ، فلا يجوز للجمعية مباشرة ذلك النشاط أو الاعلان عنه أو السماح لغيرها بمباشرته فى مكان تابع لها إلا بعد الحصول على ترخيص بمباشرته من الوزارة المعنية .

وللجمعية الحق فى مباشرة نشاطها فى غير نطاق المحافظة التى يقع بها مركز إدارتها ، حيث تلتزم بإخطار مديرية الشئون الاجتماعية فى المحافظة التى تباشر فيها هذا النشاط بنوعه ومدته عنه . ويكون لموظفى هذه المديرية ممارسة الاختصاصات المنصوص عليها فى القانون ولائحته بالنسبة للأنشطة التى تمارس فى دائرة اختصاصهم (م ٤٨/٥ من اللائحة التنفيذية) .

إنشاء الجمعية :

تقضى المادة الثانية من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية بانه « يشترط فى إنشاء الجمعية أن يكون لها نظام أساسى مكتوب وموقع عليه من المؤسسين وأن تتخذ لمركز إدارتها مقراً ملائماً فى جمهورية مصر العربية .

ولا يجوز أن يشترك فى تأسيس الجمعية من صدر ضده حكم نهائى بعقوبة جناية أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

ويجوز لغير المصريين الاشتراك فى عضوية الجمعية وفقاً للقواعد المقررة فى اللائحة التنفيذية لهذا القانون ».

هذا النظام الأساسى الذى يمثل وثيقة تأسيس الجمعية يجب أن يشتمل على بيانات معيّنة .

فتقضى المادة الثالثة من القانون بأنه :

« يجب أن يشتمل النظام الأساسى للجمعية على البيانات الآتية :

(أ) اسم الجمعية على أن يكون مشتقًا من غرضها ، وغير مؤد إلى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى .

(ب) نوع وميدان نشاط الجمعية ونطاق عملها الجغرافى .

(جـ) عنوان المقر المتخذ مركزاً لإدارة الجمعية .

(د) اسم كل عضو من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته .

(هـ) موارد الجمعية وطريقة التصرف فيها .

(و) أجهزة الجمعية التى تمثلها ، واختصاصات كل منها ، وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو اسقاط أو إبطال عضويتهم ، والنصاب اللازم لصحة انعقاد هذه الأجهزة وصحة قراراتها .

(ز) نظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، وعلى الأخص حق كل عضو فى الاطلاع على مستندات الجمعية وحضور الجمعية العمومية والتصويت فيها .

(ح) نظام المراقبة المالية .

(ط) قواعد تعديل النظام الأساسى للجمعية وتكوين فروع لها وأحوال انقضاء الجمعية والجهات التى تؤول إليها أموالها فى هذه الأحوال .

(ى) تحديد المختص بطلب اكتساب الجمعية صفة النفع العام .

(ك) تحديد ممثل جماعة المؤسسين فى اتخاذ اجراءات التأسيس .

ويرفق باللائحة التنفيذية لهذا القانون نظام أساسى نموذجى يجوز للجمعيات اتباعه » .

ويلاحظ أن القانون قد نص على ما لا يجوز أن يشتمل عليه نظام الجمعية ، فتقضى المادة الرابعة من القانون بأنه « لا يجوز أن ينص النظام الأساسى للجمعية

على أيلولة أموالها عند انقضائها إلا إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية أو إلى أحد الجمعيات أو المؤسسات الأهلية أو الاتحادات الخاضعة لأحكام هذا القانون » .

وبناء على هذا النص لا يجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند حلها الى الأعضاء أو الى ورثتهم أو اسرهم ، وعلة عدم جواز ذلك ، أن الأصل أن الجمعية لا تنشأ لتحصيل ربح للأعضاء فلا مناص من أنه لا يجوز أن تؤول أموال الجمعية يوماً من الأيام الى هؤلاء الأعضاء فتكون مصدراً لاغتنائهم ، فضلاً عن أن موارد الجمعيات تتكوّن فى الغالب من تبرعات الجماهير أو المحسنين . وبذلك لا يكون للأعضاء حق على هذه الأموال . فالقاعدة العامة إذا هى الا حق للأعضاء على أموال الجمعية .

ثبوت الشخصية المعنوية للجمعيات :

كانت القاعدة فى القانون المدنى أن الشخصية المعنوية تثبت للجمعية بمجرد انشائها (م ١/٥٨ مدنى) ، فلم يكن يشترط اخطار سابق أو استئذان ، على أنه لم يكن يصح الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد أن يتم شهر نظام الجمعية (م ٢/٥٨ و ٢/٥٩ مدنى) .

ولكن طبقاً لقانون الجمعيات الحالى (وقانون الجمعيات السابق ايضاً) « لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا إذا اشهر نظامها وفقاً لأحكام هذا القانون» . (مادة ٦ من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢) . وعلى ذلك فلا يجوز رفع أى دعوى باسم الجمعية أو عليها قبل اجراء الشهر ، كما أن الالتزامات التى تعهد بها مديرو الجمعية قبل شهرها لا يصح التنفيذ بها على مال الجمعية بعد اجراء الشهر ، إلا إذا تم اقرارها .

وفى شأن كيفية اجراء شهر الجمعية ، تقضى المادة الخامسة من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية بأنه :

« يجب أن يكون طلب قيد ملخص النظام الأساسى للجمعية محرراً على النموذج المعد لذلك ومصحوباً بالمستندات الآتية :

١- نسختان من النظام الأساسى للجمعية موقعًا عليهما من جميع المؤسسين.

٢- إقرار من كل عضو مؤسس متضمناً استيفاء الشروط المنصوص عليها فى المادة (٢) والبيانات الواردة بالبند (د) من المادة (٣) من هذا القانون .

٣- سند شغل مقر الجمعية .

وعلى الجهة الإدارية اثبات تاريخ تقديم طلب القيد على صورة منه تسلم إلى الطالب مع قيده فى سجل خاص لديها .

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون إجراءات تقديم الطلب والرسم الواجب اداؤه مقابل قيد نظام الجمعية فى السجل الخاص بما لا يزيد على مائة جنيه تؤول حصيلته إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية ، ويرفق باللائحة نموذج لطلب القيد المشار إليه » .

وبعد التقدم بالطلب المشار إليه تبدأ اجراءات شهر الجمعية ، حيث تقضى الفقرة الأولى والثانية من المادة السادسة من القانون بأن : « تلتزم الجهة الإدارية بقيد ملخص النظام الأساسى للجمعية فى السجل الخاص المعد لذلك خلال ستين يومًا من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مصحوباً بالمستندات المشار إليها فى المادة (٥) من هذا القانون ، فإذا مضت الستون يومًا دون إتمامه اعتبر القيد واقعاً بقوة القانون .

وتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بإجراء هذا القيد أو بمضى الستين يوماً من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مستوفياً ، أيهما أقرب » (١).

ويراعى أن الغرض من الشهر هو تيسير الرقابة على الجمعيات ولذلك حرص المشرع فى الفقرة (٣) من المادة (٦) من القانون على النص بأنه « إذا تبين للجهة الإدارية خلال الستين يوماً المشار إليها أن من بين أغراض الجمعية نشاطاً مما تحظره المادة (١١) من هذا القانون ، وجب عليها رفض طلب القيد بقرار مسبب تخطر به ممثل جماعة المؤسسين بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول ، وذلك خلال الستين يوماً المشار إليها فى الفقرة السابقة .

---

(١) « وعلى الجهة الإدارية اتخاذ إجراءات نشر ملخص النظام الأساسى للجمعية بالوقائع المصرية خلال ستين يوماً من تاريخ ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية، ويكون النشر بغير مقابل» (الفقرة الأخيرة من المادة ٦ من القانون) .

ويكون لممثل جماعة المؤسسين الطعن على هذا القرار أمام المحكمة المختصة خلال ستين يوماً من تاريخ إخطاره به وفقاً للاجراءات المقررة » .

على أنه يراعى وجوب عرض النزاع - فى حالة رفض طلب القيد - على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧) من القانون (١) قبل الطعن على هذا القرار أمام المحكمة المختصة وهى محكمة القضاء الإدارى (إعمالاً لحكم المادة الثانية من قانون الاصدار) .

ومعنى ما تقدم أن رفض طلب القيد يكون سببه تضمن النظام الأساسى نشاطًا محظوراً بمقتضى المادة (١١) من القانون ، ولكن بالاضافة إلى ذلك ، فإن للجهة الإدارية المختصة أن تعترض على أمر آخر ورد فى النظام الأساسى ولا يدخل فى الأنشطة المحظورة المشار إليها ، حيث ينص المشرع فى المادة (٨) من القانون بأنه « مع عدم الاخلال بحكم الفقرة الثالثة من المادة (٦) من هذا القانون ، للجهة الإدارية الاعتراض على ما ترى فيه مخالفة للقانون فى النظام الأساسى للجمعية أو فيما يتعلق بالمؤسسين ، ولا يحول ذلك دون التزامها بقيد الجمعية فى السجل الخاص بالقيد خلال المدة المبينة فى المادة (٦) من هذا القانون . وعلى الجهة الإدارية إذا رأت وجهاً للاعتراض إخطار الجمعية بأسباب اعتراضها بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، فإذا لم تقم الجمعية بإزالة أسباب الاعتراض خلال الأجل الذى تحدده الجهة الإدارية عرضت النزاع على اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة» ، وعند رفع الدعوى بشأن الاعتراض أمام المحكمة المختصة - بمراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة (٧) من هذا القانون - يكون للجهة الإدارية أن تطلب من المحكمة المختصة على وجه الاستعجال الحكم بإزالة أسباب المخالفة مع استمرار الجمعية فى نشاطها أو بوقف نشاط الجمعية مؤقتاً لحين الفصل فى موضوع الدعوى . وتقوم الجهة الإدارية بالتأشير بمنطوق الحكم على هامش قيد الجمعية فى السجل الخاص» .

---

(١) تقضى المادة (٧) من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بأن :
« تنشأ فى نطاق كل محافظة لجنة أو أكثر يصدر بتشكيلها سنوياً قرار من وزير العدل برئاسة مستشار -على الأقل - بمحاكم الاستئناف ترشحه الجمعية العمومية وعضوية كل من : ١- ممثل للجهة الإدارية يرشحه وزير الشئون الاجتماعية . ٢- ممثل للاتحاد الاقليمى-

كما قصد من الشهر كذلك تحقيق مصلحة الغير والأعضاء وبتهيئة الوسيلة الكفيلة لاعلامهم بوجود الجمعية ونظامها .

فتقضى المادة (٩) من القانون بأنه : « لكل ذى شأن حق الاطلاع على ملخص قيد النظام الأساسى للجمعية والحصول على صورة منه مصدق عليها بمطابقتها للأصل بعد اداء الرسم الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يزيد على عشرين جنيهاً ، تؤول حصيلته إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية » .

وتحقيقاً لما تقدم وتمكيناً للأعضاء من الاطلاع والالمام بحالة الجمعية قضت المادة (١٩) من القانون بأن : « على الجمعية أن تحتفظ فى مركز إدارتها بالوثائق والمكاتبات والسجلات الخاصة بها ، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون هذه السجلات وكيفية إمساكها واستعمالها والبيانات التى تحتوى عليها . ويجب ختم هذه السجلات من الجهة الإدارية قبل استعمالها » .

وبناء على ما تقدم « لكل عضو من أعضاء الجمعية حق الاطلاع على سجلات الجمعية ، كما يجوز للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير الشئون الاجتماعية ولممثلى الاتحاد المختص دخول مقر الجمعية أو فروعها بغرض الاطلاع على سجلاتها وفقًا للاجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون» .

كما أوجب المشرع شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ويعتبر كل تعديل كأن لم يكن ما لم يشهر . فتقضى المادة ١٠ من القانون بأن « يتبع فى تعديل النظام

- يرشحه مجلس إدارة الاتحاد العام للجمعيات ويضم إلى عضوية اللجنة ممثل للجمعية المعنية الطرف فى المنازعة ترشحه جمعيتها العمومية أو مجلس إدارتها . وتختص اللجنة بفحص المنازعات التى تنشأ بين الجمعية والجهة الإدارية لتسويتها بالطرق الودية . ولا يصح انعقاد اللجنة إلا بحضور رئيسها وممثل عن كل من طرفى النزاع ، وتصدر قرارها خلال ستين يوماً من تاريخ عرض النزاع عليها وذلك بأغلبية الأصوات ، وعند التساوى يرجح الجانب الذى منه الرئيس ، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون القواعد والاجراءات الأخرى لسير العمل فى اللجنة . ويكون قرار اللجنة ملزماً واجب التنفيذ إذا قبله طرفا النزاع . ولا تقبل الدعوى بشأن النزاع لدى المحكمة المختصة إلا بعد صدور قرار فيه من اللجنة ، أو بعد انقضاء مدة الستين يومًا المشار إليها ، ويكون رفع الدعوى خلال ستين يومًا من تاريخ صدور القرار أو انقضاء تلك المدة ، وذلك وفق الاجراءات المقررة لرفع الدعوى » .

الأساسى للجمعية ذات الاجراءات المقررة بهذا الفصل لتأسيسها »

ويجوز للجمعية أن تنشىء فروعاً لها ، ويكون لهذه الفروع الشخصية المعنوية المستقلة حيث تخضع لنظام الشهر ، ولكن لا يجوز تعديل نظام الفرع إلا بموافقة الجمعية الأصلية . (المادة ٣ فقرة (ط) والمادة ٢٧ من القانون والمواد ٦٣ و ٦٤ من اللائحة التنفيذية) .

ويلاحظ أن المشرع قد أجاز للجهة الإدارية انشاء اتحادات نوعية أو اقليمية بين الجمعيات (والمؤسسات الأهلية) تكون لها الشخصية الاعتبارية ، وتتألف الجمعية العمومية لهذه الاتحادات من ممثلى هذه الهيئات . كما قرر القانون انشاء اتحاد عام للجمعيات والمؤسسات الأهلية تكون له الشخصية الاعتبارية .

ففى شأن الاتحادات النوعية والاقليمية تقضى المادة (٦٥) من القانون ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بأن : « تنشئ الجمعيات والمؤسسات الأهلية فيما بينها اتحادات نوعية واقليمية تكون لها الشخصية الاعتبارية . ويتكون الاتحاد النوعى من الجمعيات والمؤسسات الأهلية التى تباشر او تمول نشاطاً مشتركًا فى مجال معين ، سواء على مستوى الجمهورية أو إحدى محافظاتها . ويتكون الاتحاد الاقليمى من الجمعيات والمؤسسات الأهلية الواقعة فى نطاق المحافظة أياً كان نشاطها . ويكون الانضمام إلى الاتحاد النوعى أو الاقليمى بطلب من الجمعية أو المؤسسة الأهلية بعد موافقة مجلس الإدارة أو مجلس الأمناء ، بحسب الأحوال ، ولا يجوز للاتحاد رفض الطلب متى توافرت شروط الانضمام » .

ويراعى انه : « لا يجوز إنشاء اكثر من اتحاد اقليمى على مستوى المحافظة الواحدة ، ويجوز إنشاء اكثر من اتحاد فرعى لذات النشاط فى نطاق المحافظة الواحدة بشرط الا يقل عدد اعضاء كل اتحاد - عند التعدد - عن عشرة من الجمعيات والمؤسسات الأهلية » (مادة ٦٦ من القانون) .

وتقضى المادة ٦٧ من القانون بأن « تتكون جماعة المؤسسين من الجمعيات والمؤسسات الأهلية التى تطلب تكوين الاتحاد النوعى أو الاقليمى . ويخضع الاتحاد فى تأسيسه وحله لأحكام تاسيس وحل الجمعيات الواردة فى هذا القانون ، وتضع جماعة المؤسسين نظاماً اساسياً للاتحاد وتتبع فى شأنه الأحكام الخاصة بالنظام الأساسى للجمعيات ، وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة الاتحاد » .

وفى شان الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية قضى المشرع فى المادة

(٦٩) من القانون بأن : « ينشأ إتحاد عام للجمعيات والمؤسسات الأهلية تكون له الشخصية الاعتبارية ويضم الاتحادات النوعية والاقليمية ، ويكون مقره مدينة القاهرة . ويتولى إدارة الاتحاد العام مجلس إدارة يتكون من ثلاثين عضواً يعين رئيس الجمهورية منهم رئيس الاتحاد وعشرة أعضاء من المهتمين بالمسائل الاجتماعية وينتخب الباقون من بين أعضاء الجمعيات والمؤسسات الأهلية الخاضعة لأحكام هذا القانون وتكون مدة المجلس ثلاث سنوات ... »

«ويكون للاتحاد العام مؤتمر يتكوّن من رؤساء مجلس إدارة الجمعيات والمؤسسات الأهلية والاتحادات النوعية والاقليمية ، ويكون لهم حق انتخاب أعضاء مجلس إدرة الاتحاد العام . ويعقد المؤتمر العام للإتحاد العام سنوياً ، ويجوز أن يدعى إلى حضوره الشخصيات المعنية بالمسائل الاجتماعية لدراسة المسائل التى تحال إليه من لجانه الفنية أو من الاتحادات النوعية والاقليمية أو من الجمعيات والمؤسسات الأهلية» (مادة ٧٠) من القانون .

حدود أهلية الجمعية :

يراعى أنه تحد من اهلية الوجوب التى تثبت للجمعية بثبوت الشخصية الاعتبارية لها ، القيود العامة المستمدة من طبيعة الجمعية بوصفها شخصاً معنوياً يختلف عن الانسان ، ومبدأ التخصص .

فالجمعيات تتخصص بغرض واحد لا تتجاوزه ، وقد سبق بيان ذلك ، كما أن المشرع يقضى فى المادة ١/٢٢ من القانون بأن « وعلى الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق اغراضها ، ولها أن تستثمر فائض ايراداتها على نحو يضمن لها الحصول على مورد ثابت أو أن تعيد توظيفها فى مشروعاتها الانتاجية والخدمية » .

ولقد بينت اللائحة التنفيذية أوجه النشاط الذى يمكن أن يضمن أو يدعم موارد الجمعية ، فقضت المادة (٥٩) من اللائحة بأنه : « يجوز للجمعية دعمًا لمواردها المالية على نحو يمكنها من تحقيق اغراضها الاجتماعية أن :

(أ) تقيم المشروعات الخدمية والانتاجية وتخضع هذه المشروعات للقوانين والقرارات المنظمة للنشاط بحسب طبيعته .

(ب) تقيم الحفلات بمختلف أنواعها من مسرحية وفنية وسينمائية وموسيقية وغيرها من عروض فنية .

(جـ) تقيم الأسواق الخيرية بمختلف أنواعها ، أيا كانت المعروضات التى تعرض فيها .

(د) تقيم المعارض لتسويق ما يعرض فيها سواء كان إبداعاً فنياً أو سلعاً انتاجية أو غيرها .

(هـ) تقيم المباريات الرياضية فى جميع الألعاب والأنشطة الرياضية .

ويجوز للجمعية أن تعيد استثمار فائض ايراداتها الناتج عن عائدات المشروعات الخدمية أو الانتاجية ، فى هذه المشروعات ، كما يجوز لها أن تعيد استثمار هذه العوائد أو فوائض ايراداتها العادية فى مجالات تضمن لها الحصول على مورد ثابت وتعتبر من هذه المجالات الودائع لدى مكاتب توفير البريد أو اذون الخزانة أو السندات الحكومية أو ما تصدره أو تضمنه البنوك المعتمدة من شهادات الاستثمار أو الايداع أو السندات أو ما تقبله من ودائع .

ولا يجوز الاستثمار أو إعادة الاستثمار فى أى من المشروعات الانتاجية أو الخدمية بما يجاوز ٥٠٪ من فائض الميزانية السنوية ، إلا بموافقة الجمعية العمومية ... »

وتطبيقاً لشرط ضمان الكسب - عند استغلال الجمعية لفائض ايراداتها - قضت المادة ٢٢ من القانون بأنه « وفى جميع الأحوال يمتنع على الجمعية الدخول فى مضاربات مالية » .

ويلاحظ أن المشرع لم يكتف بهذه النصوص التى تحد من أهلية الجمعيات تطبيقاً لمبدأ التخصص ، وهو قيد عام يسرى على كافة الأشخاص المعنوية ، بل اضاف قيداً جديداً لا ينطبق على غير الجمعيات من الأشخاص المعنوية ، فحد من اهليتها لاكتساب الحقوق على العقارات .

فقضى فى المادة (١٥) من القانون بأنه « للجمعية الحق فى تملك العقارات بما يمكنها من تحقيق اغراضها مع مراعاة احكام القوانين التى تنظم تملك الأجانب للعقارات » .

فبمقتضى هذا النص هناك قيد يحد من اهلية الجمعية فى تملك العقارات ، حيث يجب قصر اهلية التملك على القدر اللازم لتحقيق اغراض الجمعية دون أن يتعداها . وللجهة الإدارية المختصة مراقبة الجمعية فى هذا الصدد على ما سوف يأتى .

كما أن هناك قيد آخر يرد على أهلية الجمعية فى قبول التبرعات ، حيث قضت المادة (١٧) من القانون بأن : « للجمعية الحق فى تلقى التبرعات ، ويجوز لها جمع التبرعات من الأشخاص الطبيعيين ومن الأشخاص الاعتبارية بموافقة الجهة الإدارية على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون وفى جميع الأحوال لا يجوز لأية جمعية أن تحصل على أموال من الخارج سواء من شخص مصرى أو شخص أجنبى أو جهة أجنبية أو من يمثلها فى الداخل ، ولا أن ترسل شيئًا مما ذكر إلى أشخاص أو منظمات فى الخارج إلا بإذن من وزير الشئون الاجتماعية ، وذلك كله فيما عدا الكتب والنشرات والمجلات العلمية والفنية ».

وقد قصد المشرع من هذا القيد ضمان رقابة الدولة على صلات الجمعيات فى مصر بالهيئات الموجودة بالخارج ، محافظة على أمن الدولة وسلامتها .

الهيئات التى تمثل الجمعية:

أوجب القانون أن يشتمل نظام الجمعية على « الأجهزة التى تمثلها واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو إسقاط أو إبطال عضويتهم والنصاب اللازم لصحة انعقاد هذه الأجهزة وصحة قراراتها (م ٣ من القانون) . ولقد ورد فى الفصل الثالث من القانون بيان بأجهزة الجمعية وهى مجلس الإدارة والجمعية العمومية .

مجلس الإدارة :

١- « يكون لكل جمعية مجلس إدارة يتكوّن من عدد فردى من الأعضاء لا يقل عن خمسة ولا يزيد على خمسة عشر وفقًا لما يحدده النظام الأساسى ، تنتخبهم الجمعية العمومية لدورة مدتها ست سنوات ، على أن يجرى تجديد انتخاب ثلث أعضاء المجلس بدلاً ممن تنتهى عضويتهم بطريق القرعة كل سنتين .

ويجب فى الجمعيات التى يشترك فى عضويتها أجانب أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الإدارة المتمتعين بجنسية جمهورية مصر العربية مماثلة على الأقل لنسبتهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين فى الجمعية .

ويكون تعيين أول مجلس إدارة عن طريق جماعة المؤسسين لمدة أقصاها ثلاثة سنوات » (مادة ٣٢ من القانون) و « يشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس إدارة الجمعية أن يكون متمتعًا بحقوقه المدنية ، ويحدد النظام الأساسى للجمعية الشروط الأخرى » (م ٣٣ من القانون) .

و « يجب على مجلس الإدارة عرض قائمة بأسماء المرشحين لعضوية المجلس بمقر الجمعية فى اليوم التالى لقفل باب الترشيح ، واخطار الجهة الإدارية بالقائمة خلال الثلاثة الأيام التالية لذلك وقبل موعد إجراء الانتخابات بستين يومًا على الأقل .

وللجهة الإدارية ولكل ذى شأن إخطار الجمعية خلال السبعة الأيام التالية لعرض القائمة أو الإخطار بها ، بحسب الأحوال ، بمن يرى استبعاده لعدم توافر شروط الترشيح ، فإذا لم يثبت تنازله عن الترشيح خلال سبعة ايام من تاريخ إخطار الجمعية ، كان للجهة الإدارية ولذى الشأن عرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧) من هذا القانون ، وذلك خلال السبعة الأيام التالية لانقضاء الميعاد الأخير .

ويتعين على اللجنة أن تصدر قرارها خلال العشرة الأيام التالية لتاريخ العرض عليها ، ويكون للجهة الإدارية ولذى الشأن رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة خلال السبعة الأيام التالية لصدور قراراللجنة أو انقضاء المدة المحددة لإصداره ، وتفصل المحكمة فى الدعوى قبل الموعد المحدد للانتخابات (م ٣٤ من القانون) .

٢- « يحظر الجمع بين عضوية مجلس إدارة الجمعية ويبن العمل فى الجهة الإدارية أو غيرها من الجهات العامة التى تتولى الإشراف أو التوجيه أو الرقابة على الجمعية أو تمويلها ، ما لم يرخص رئيس مجلس الوزراء ، أو من يفوضه بذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة . ولا يسرى هذا الحظر على الجمعيات التى تقتصر العضوية فيها على العاملين بإحدى الجهات المذكورة » (مادة ٣٥ من القانون) .

« ولا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الإدارة والعمل بالجمعية بأجر » (مادة ٣٦ من القانون) .

٣- « يتولى مجلس إدارة الجمعية إدارة شئونها ، وله فى سبيل ذلك القيام بأى عمل من الأعمال عدا تلك التى ينص هذا القانون أو النظام الأساسى للجمعية على ضرورة موافقة الجمعية العمومية عليها قبل اجرائها .

ويكون لمجلس الإدارة رئيس يمثل الجمعية أمام القضاء وقبل الغير » (م ٣٧ من القانون) .

٤- « يجب أن ينعقد مجلس إدارة الجمعية مرة كل ثلاثة شهور على الأقل ، ولا يكون انعقاده صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه .

وتصدر قراراته بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين ما لم ينص النظام الأساسى على أغلبية أكبر ، وعند تساوى الأصوات يرجح الجانب الذى منه الرئيس .

وعلى مجلس الإدارة إفادة الجهة الإدارية بالقرارات التى تصدر عنه أو عن الجمعية العمومية وذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ صدورها » (مادة ٣٨ من القانون) .

٥- « يجوز لمجلس الإدارة أن يعين مديراً للجمعية من أعضائه أو من غيرهم ويحدد قرار التعيين أعمال الإدارة التى يختص بها والمقابل الذى يستحقه » (مادة ٣٩ من القانون) .

٦- « مع مراعاة أحكام النظام الأساسى للجمعية ، إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة لا يكفى لانعقاده صحيحًا ، جاز لوزير الشئون الاجتماعية عند الضرورة ، بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية ، أن يعين بقرار مسبب مفوضًا من بين الأعضاء الباقين أو من غيرهم ، تكون له اختصاصات مجلس الإدارة .

وعلى المفوض دعوة الجمعية العمومية خلال ستين يوماً لانتخاب مجلس إدارة جديد ، وإلا اعتبرت مدعوة إليه بحكم القانون يوم الجمعة التالى لفوات الميعاد المشار إليه ، و تنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون أوضاع هذا الإجتماع .

وتنتهى مهمة المفوض بانتخاب مجلس الإدارة الجديد» (مادة ٤٠ من القانون) .

الجمعية العمومية :

١- « تتكون الجمعية العمومية من جميع الأعضاء العاملين الذين مضت على عضويتهم ستة أشهر على الأقل وأوفوا بالالتزامات المفروضة عليهم وفقاً للنظام الأساسى للجمعية » (مادة ٢٤ من القانون) .

٢- « تنعقد الجمعية العمومية بدعوة كتابية لكل من أعضائها الذين لهم حق الحضور . يبيّن فيها مكان الاجتماع وموعده وجدول الأعمال ، وتوجه هذه الدعوة من :

(أ) مجلس الإدارة .

(ب) من يفوضه (٢٥٪) من عدد الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية .

(جـ) المفوض المعيّن طبقاً للمادة (٤٠) من هذا القانون .

(د) الجهة الإدارية إذا رأت ضرورة لذلك »(مادة ٢٥ من القانون) .

ويراعى أن « تنعقد الجمعية فى مقر المركز الرئيسى للجمعية ، كما يجوز لها أن تنعقد فى أى مكان آخر يحدد فى الدعوة المرفق بها جدول الأعمال ، وترسل نسخة من الأوراق المطروحة على الجمعية العمومية إلى الجهة الإدارية وإلى الاتحاد الذى تكون الجمعية منضمة إليه قبل الانعقاد بخمسة عشر يومًا على الأقل وللاتحاد أن يندب عنه من يحضر الاجتماع .

ويجوز للجمعية العمومية النظر فى غير المسائل الواردة فى جدول الأعمال بموافقة الأغلبية المطلقة لمجموع عدد أعضائها . ويجب ابلاغ كل من الجهة الإدارية والاتحاد المختص بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انعقاده » (م ٢٦ من القانون) .

٣- « يجب دعوة الجمعية العمومية لاجتماع عادى مرة كل سنة على الأقل خلال الأربعة الأشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية ، وذلك للنظر فى الميزانية والحساب الختامى وتقرير مجلس الإدارة عن أعمال السنة وتقرير مراقب الحسابات ، ولانتخاب أعضاء مجلس الإدارة بدلاً من الذين زالت أو انتهت عضويتهم ، ولتعيين مراقب الحسابات وتحديد أتعابه ولغير ذلك مما يرى مجلس الإدارة إدراجه فى جدول الأعمال ، كما يجوز دعوة الجمعية العمومية لاجتماع عادى كلما اقتضت الضرورة ذلك .

وتدعى الجمعية العمومية لاجتماعات غير عادية للنظر فى تعديل النظام الأساسى للجمعية أو حلها أو اندماجها فى غيرها أو عزل كل أو بعض اعضاء مجلس الإدارة أو لغير ذلك من المسائل التى يحدد النظام الأساسى للجمعية وجوب نظرها فى اجتماع غير عادى (مادة ٢٧ من القانون) .

ويجب ملاحظة أن اجتماع الجمعية العمومية لا يكون صحيحاً إلا « بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها فإن لم يتكامل العدد اجل الاجتماع إلى جلسة أخرى تعقد خلال مدة اقلها ساعة واكثرها خمسة عشر يوماً من تاريخ الاجتماع الأول

تبعاً لما يحدده النظام الأساسى للجمعية ، ويكون الاجتماع فى هذه الحالة صحيحاً إذا حضره - بأنفسهم - عدد لا يقل عن عشرة فى المائة من الأعضاء أو عشرين عضواً أيهما أقل بحيث لا يقل عدد الحاضرين فى الحالة الأولى عن خمسة أعضاء (المادة ٢٨ من القانون) .

٤- و « لعضو الجمعية العمومية أن ينيب عنه كتابة عضواً آخر يمثله فى حضور الجمعية العمومية وفقاً للقواعد التى يقررها النظام الأساسى للجمعية ولا يجوز أن ينوب العضو عن أكثر من عضو واحد» (مادة ٢٩ من القانون) .

و « لا يجوز لعضو الجمعية العمومية الاشتراك فى التصويت إذا كانت له مصلحة شخصية فى القرار المعروض وذلك فيما عدا انتخاب أجهزة الجمعية » (مادة ٣٠ من لاقانون) .

٥- و « تصدر قرارات الجمعية العمومية العادية بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين . وتصدر قرارات الجمعية العمومية غير العادية بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء الجمعية ما لم ينص النظام الأساسى على أغلبية أكبر » (مادة ٣١ من القانون) .

الرقابة على نشاط الجمعية :

١- تخضع الجمعيات لرقابة الجهة الإدارية المختصة وتتناول هذه الرقابة فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية ويتولى هذه الرقابة مفتشون تعيِّنهم الجهة الإدارية المختصة فتقضى المادة ١/٢٠ من القانون بأنه « يجوز للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير الشئون الاجتماعية ولممثلى الاتحاد المختص دخول مقر الجمعية أو فروعها بغرض الاطلاع على سجلاتها وفقًا للاجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون » .

٢- وتتمثل رقابة الدولة أيضًا على قرارات الجمعيات إذا جاءت مخالفة للقانون ولنظام الجمعية الأساسى فيما نصت عليه المادة (٢٣) من القانون بقولها « فى الأحوال التى تصدر فيها الجمعية قراراً ترى الجهة الإدارية أنه مخالف للقانون أو لنظامها الأساسى ، يكون لهذه الجهة أن تطلب من الجمعية بكتاب موصى عليه بعلم الوصول سحب القرار ، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ إفادتها به وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٣٨) من هذا القانون ، فإذا لم تقم الجمعية بسحبه

خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ إخطارها ، فإن للجهة الإدارية أن تعرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧) من هذا القانون ، ويكون رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة بمراعاة حكم الفقرة الأخيرة من المادة (٧) المشار إليها » .

٣–و إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة غير كافٍ لانعقاده صحيحاً جاز لوزير الشئون الاجتماعية عند الضرورة تعيين مفوض يتولى اختصاصات مجلس الإدارة بصفة مؤقتة وقد سبق بيان هذا الحكم .

٤– ولوزير الشئون الاجتماعية أن يصدر قراراً بإلغاء التصرف المخالف أو بإزالة سبب المخالفة أو بعزل مجلس الإدارة أو بوقف نشاط الجمعية وذلك فى أى من الحالتين الآتيتين :

١– عدم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين أو عدم انعقادها بناء على الدعوة لانعقادها تنفيذاً لحكم الفقرة الثانية من المادة (٤٠) .

٢– عدم تعديل الجمعية لنظامها وتوفيق أوضاعها وفقاً لأحكام هذا القانون .

ولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشئون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفقًا للاجراءات والمواعيد المحددة لذلك ، ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من هذا القانون ، وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات . ويعتبر من ذوى الشأن فى الطعن أى من أعضاء الجمعية التى صدر فى شأنها القرار ... » (م ٤٢ من القانون) .

المزايا التى تتمتع بها الجمعيات :

نظراً لطبيعة الأغراض والأهداف التى تنشد الجمعيات تحقيقها ، فقد قرر لها المشرع عدة مزايا تساعدها فى سبيل الوصول الى هذا الغرض أو الهدف .

فتتمتع الجمعيات المشهرة بالمزايا الآتية :

(أ) تعفى من رسوم التسجيل التى يقع عبء أدائها عليها فى جميع أنواع العقود التى تكون طرفاً فيها كعقود الملكية أو الرهن أو الحقوق العينية الأخرى ، وكذلك من رسوم التصديق على التوقيعات .

(ب) تعفى من رسوم الدمغة المفروضة حاليًا والتى تفرض مستقبلاً على جميع العقود والتوكيلات والمحررات والأوراق المطبوعة والسجلات وغيرها .

(جـ) الاعفاء من الضرائب الجمركية والرسوم الأخرى المفروضة على ما تستورده من عدد وآلات واجهزة وادوات ولوازم انتاج وكذا على ما تتلقاه من هدايا وهبات ومعونات من الخارج ، وذلك بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الشئون الاجتماعية وعرض وزير المالية ، ويشرط أن تكون هذه الأشياء لازمة لنشاطها الأساسى . ويحظر التصرف فى الأشياء المعمرة فيها التى تحدد بقرار من وزير الشئون الاجتماعية بالاتفاق مع وزير المالية ، وذلك قبل مرور خمس سنوات ما لم تدفع عنها الضرائب الجمركية المستحقة .

(د) اعفاء العقارات المبنية المملوكة للجمعية من جميع الضرائب العقارية .

(هـ) تمنح تخفيضًا مقداره (٢٥٪) من أجور نقل المعدات والآلات على السكك الحديدية .

(و) سريان تعريفة الاشتراكات والمكالمات التليفونية الخاصة المقررة للمنازل.

ويصدر بتحديد الجهات التى تسرى عليها هذه التعريفة قرار من الجهة الإدارية .

(ز) تمنح تخفيضًا مقداره (٥٠٪) من استهلاك المياه والكهرباء والغاز الطبيعى التى تقوم بانتاجها الهيئات العامة وشركات القطاع العام وأية جهة حكومية .

(ح) اعتبار التبرعات التى تقدم للجمعيات تكليفًاعلى دخل المتبرع بما لا يزيد على (١٠٪) منه (المادة ١٣ من القانون) .

انقضاء الجمعية وتصفيتها :

١- « لكل عضو حق الانسحاب من الجمعية فى اى وقت يشاء على أن يخطر الجمعية بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، ولا يخل ذلك بحق الجمعية فى مطالبته بما قد يكون مستحقاً عليه أو بأموالها لديه » (م ١٤ من القانون) .

هذا الانسحاب أو الفصل لا يوثر فى كيان الجمعية ، فهى شخص مستقل عن أشخاص أعضائه .

٢- ولكن يمكن أن تنقضى الجمعية بإدماجها فى جمعية أخرى فتفقد شخصيتها المعنوية ، ويتم الإدماج بقرار يصدر من الجمعية العمومية غير العادية للجمعية.

٣- وتنقضى الجمعية بالحل :

أ- فـ « يجوز بقرار من الجمعية العمومية غير العادية حل الجمعية وفقاً للقواعد المقررة فى نظامها الأساسى ، ويجب أن يتضمن قرار التعيين مصف أو اكثر وتحديد مدة التصفية وأتعاب المصفى » (م ٤١ من القانون) .

ب- و « يكون حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية ، بعد اخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة الجمعية لسماع أقوالها ، فى الأحوال الآتية :

١- التصرف فى أموالها أو تخصيصها فى غير الأغراض التى انشئت من اجلها .

٢- الحصول على أموال من جهة خارجية أو إرسال أموال إلى جهة خارجية بالمخالفة لحكم الفقرة الثانية من المادة (١٧) من هذا القانون .

٣- ارتكاب مخالفة جسيمة للقانون أو النظام العام أو الآداب .

٤- الانضمام أو الاشتراك أو الانتساب إلى ناد أو جمعية أو هيئة أو منظمة مقرها خارج جمهورية مصر العربية بالمخالفة لحكم المادة (١٦) من هذا القانون .

٥- ثبوت أن حقيقة اغراضها استهداف أو ممارسة نشاط من الأنشطة المحظورة فى المادة (١١) من هذا القانون .

٦- القيام بجمع تبرعات بالمخالفة لحكم الفقرة الأولى من المادة (١٧) من هذا القانون .

ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل يحددهما » (م ٤٢/١ من القانون) .

ويجوز لوزير الشئون الاجتماعية فى الحالات المتقدمة بدلاً من إصدار قرار بحل الجمعية أن يصدر قراراً بإلغاء التصرف المخالف أو بإزالة سبب المخالفة أو بعزل مجلس الإدارة أو بوقف نشاط الجمعية .

وعلى أى حال لكل ذى شأن الحق فى الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشئون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفقاً للاجراءات والمواعيد المحددة لذلك ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من القانون (أى دون التقيد بعرض الموضوع أولاً على اللجنة المنصوص عليها فى المادة٧) وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات . ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص هذا

الطعن اى من أعضاء الجمعية التى صدر فى شأنها القرار .

جـ- فإذا حلت الجمعية وعين لها مصف أو أكثر وتحددت مدة التصفية ، فإنه إذا انقضت هذه المدة دون تمام التصفية جاز مدها لمدة واحدة أخرى بقرار من الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية ، وإلا تولت الجهة الإدارية إتمام التصفية (م ٤٣ من القانون) .

د- وفى سبيل اتمام عملية التصفية على أحسن وجه « يجب على القائمين على إدارة الجمعية المنحلة وموظفيها المبادرة بتسليم أموال الجمعية وجميع المستندات والسجلات والأوراق الخاصة بها إلى المصفى ويمتنع عليهم كما يمتنع على الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف فى اى شأن من شئونها أو أموالها أو حقوقها إلا بأمر كتابى من المصفى (م ٤٢ من القانون) .

هـ- « يقوم المصفى بعد تمام التصفية بتوزيع ناتجها وفقًا للأحكام المقررة فى النظام الأساسى للجمعية . فإذا لم يوجد نص فى هذا النظام أو استحال تطبيق ما ورد به آل ناتج التصفية إلى صندوق إعانات الجمعيات والمؤسسات الأهلية المنصوص عليه فى الباب الرابع من هذا القانون (م ٤٥ من القانون) .

و-و « تختص المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها مقر الجمعية دون غيرها بالفصل فى الدعاوى التى ترفع من المصفى أو عليه » (مادة ٤٦ من القانون) .

ز- وأخيراً يحظر على أعضاء الجمعية المنحلة واى شخص آخر قائم على إدارتها مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها ، كما يحظر على كل شخص الاشتراك فى نشاط اية جميعة تم حلها (مادة ٤٧ من القانون) .

الجمعيات ذات النفع العام :

أشرنا من قبل الى انه لا يشترط فى الجمعية أن تهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فقد تكون المصلحة المقصود هى مصلحة الأعضاء انفسهم بشرط الا تتمثل هذه المصلحة فى تحقيق الأرباح .

ولكن إذا كان هدف الجمعية تحقيق مصلحة عامة ، فإنه يجوز عندئذ أن يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها جمعية ذات صفة عامة . ولكن لا تصبح الجمعية نتيجة لهذا القرار شخصًا من اشخاص القانون العام ، بل تظل

خاضعة للقانون الخاص مع منحها بعض امتيازات السلطة العامة باعتبارها جمعية ذات صفة عامة .

فتقضى المادة (٤٩) من القانون بأن : « كل جمعية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة عند تأسيسها أو بعد تأسيسها يجوز إضفاء صفة النفع العام عليها بقرار من رئيس الجمهورية ، وذلك بناء على طلب الجمعية أو بناء على طلب الجهة الإدارية أو الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية وموافقة الجمعية فى الحالين.

ويكون إلغاء صفة النفع العام بقرار من رئيس الجمهورية .

ويجوز اندماج الجمعيات ذات النفع العام فى بعضها بموافقة الجهة الإدارية ، بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية ، على أنه لا يكون الاندماج بين جمعيات النفع العام وغيرها من الجمعيات التى لم تضف عليها صفة النفع العام إلا بقرار من رئيس الجمهورية» .

ويراعى أن جمعيات النفع العام تخضع فيما لم يرد بشأنه نص خاص بخصوصها للأحكام المقررة فى شأن الجمعيات (م ٤٨ من القانون) ولكن تتمتع تلك الجمعيات ذات النفع العام ببعض امتيازات السلطة العامة ، حيث تقضى المادة (٥٠) من القانون بأن« تحدد بقرار من رئيس الجمهورية امتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها الجمعيات التى تضفى عليها صفة النفع العام ، وعلى وجه الخصوص عدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز اكتساب تلك الأموال بالتقادم ، وامكانية نزع الملكية للمنفعة العامة لصالحها تحقيقًا للأغراض التى تقوم عليها الجمعية » .

ونظراً لما تتمتع به هذه الجمعيات من سلطات وامتيازات وصفة عامة ، فقد اجاز القانون لوزير الشؤون الاجتماعية أن يعهد الى إحدى الجمعيات ذات الصفة العامة بإدارة المؤسسات التابعة للوزارة أو لغيرها من الوزارات أو الوحدات المحلية بناء على طلبها أو تنفيذ بعض مشروعاتها أو برامجها ، وفى هذه الحالة تعتبر أموال الجمعية أموالاً عامة (مادة ٥١ من القانون) .

الفرع الثالث

المؤسسات الأهلية

التعريف بالمؤسسة الأهلية :

المؤسسة Fondation شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معيّنة لتحقيق غرض غير الربح المادى . (م ٥٦ من القانون) .

ويتضح من هذا التعريف ان قيام المؤسسة الأهلية يستلزم أمرين :

١- فهى مجرد مجموعة من الأموال . وبذلك تختلف المؤسسة عن الجمعية والشركة ، فهى لا تتكوّن من مجموعة من الأشخاص كالجمعية والشركة وانما هى تقوم على المال الذى خصصه أحد الأشخاص لتحقيق غرض معيّن .

٢- وهى تسعى لغرض معيّن ، والمؤسسة فى هذا تشبه الجمعية وتختلف عن الشركة ، فهى تشبه الجمعية من حيث أنها لا تسعى الى الحصول على ربح مادى كالشركات ، على أن غرض الجمعية وغرض المؤسسة وان تشابها ، إلا ان نطاق هذا الغرض يختلف فى الحالتين . فغرض الجمعية قد يكون عامًا إذا استهدفت البر أو النفع العام ، وقد يكون خاصاً مقصوراً على أعضائها فقط ، إلا ان غرض المؤسسة يجب دائماً ان يكون عاماً وفى جميع الحالات .

فالمؤسسة يجب أن تستهدف تحقيق غرض أو عمل ذو صفة انسانية أو دينية أو علمية أو عمل أخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام .

انشاء المؤسسة الأهلية :

تقضى المادة (٥٧) من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بأن :

« يكون انشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية او منهما معاً . ويضع المؤسسون نظاماً أساسياً يشمل على الأخص البيانات الآتية :

(أ) اسم المؤسسة ونطاق عملها الجغرافى ومقر مركز إدارتها بجمهورية مصر العربية .

(ب) الغرض الذى تنشأ المؤسسة لتحقيقه .

(جـ) بيان تفصيلى للأموال المخصصة لتحقيق أغراض المؤسسة .

(د) تنظيم إدارة المؤسسة بما فى ذلك طريقة تعيين رئيس وأعضاء مجلس الأمناء وطريقة تعيين المدير .

كما يجوز انشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى أو بوصية مشهرة يعد أيهما فى حكم النظام الأساسى للمؤسسة بشرط اشتماله على البيانات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة .

ويرفق باللائحة التنفيذية لهذا القانون نظام نموذجى يجوز للمؤسسات الأهلية إتباعه ».

فلكى تنشأ المؤسسة الخاصة لا بد من تخصيص مقدار من المال يعطى على وجه التبرع ابتغاء تحقيق غرض معيّن . ويجب التفرقة بين أمرين : بين سند الانشاء وهو ما يُظهر به المؤسس نية انشاء المؤسسة ، وبين العمل التبرعى وهو تخصيص مال معيّن للموسسة يستخدم لتحقيق غرض معيّن .

١- **فبالنسبة لسند الانشاء** فقد إختلف الفقه فى تحديد طبيعته . والراجح أن هذا السند يعتبر إعلاناً للإرادة من جانب واحد déclaration unilatéral وأن هذا الاعلان يكفى بذاته لانشاء المؤسسة لأنه ليس من الاعلانات التى يتوقف أثرها على قبولها من شخص أخر .

ويتفرع على كون المؤسسة إعلاناً للإرادة من جانب واحد :

(أ) أن المؤسسة تنشأ بمجرد صدور هذه الارادة ، فلا يؤثر فى المؤسسة أن يموت المؤسس بعد صدور هذه الارادة منه أو أن يصير عديم الإرادة أو الأهلية .

(ب) ويترتب على كون السند المنشىء للمؤسسة تصرفاً من جانب واحد جواز الرجوع فى المؤسسة .

ويتحقق ذلك بالرجوع فى الوصية إن كان إنشاء المؤسسة قد حصل بطريق الوصية ، فهى ليست ملزمة للموصى بل له العدول عنها فى أى وقت ، فالقاعدة أن الوصية لا تنتج أثرها إلا إذا مات الموصى مصراً عليها . وقد يتحقق هذا الرجوع بالعدول فى سند رسمى أخر إن كان انشاء المؤسسة قد حصل بسند رسمى . وفى

هذه الحالة أو تلك لا يجوز العدول إلا قبل أن يتم شهر المؤسسة . فإن كان الشهر قد تم امتنع على المؤسس أن يعدل عن المؤسسة . وجه الامتناع أن المؤسسة بعد شهرها لم تعد تابعة للمؤسس بل تخرج من محيطه الى محيط الجمهور بحيث يمتنع على المؤسس أن يعدل عنها بمحض مشيئته . ويلاحظ أن حق العدول مقصور على المؤسس لا يجوز لأحد سواه أن يستعمله .

وفى المعنى المتقدم تقضى المادة ٥٨ من القانون بأنه « متى كان إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمي جاز لمن انشأها أن يعدل عنها بسند رسمى أخر وذلك الى أن يتم قيدها » .

٣- وبالنسبة للعمل التبرعى ، فقد إختلف كذلك فى شأن تحديد طبيعته ، فإذا كان العمل التبرعى منجزاً entre-vifs أيعتبر هبة أم يعتبر تصرفًا من جانب واحد ؟ وإذا كان مضافًا الى ما بعد الموت mortis causa أيعتبر وصية لمصلحة المؤسسة بالمعنى الحقيقى للوصية ؟

(أ) فبالنسبة للتبرع المنجز ، اختلف الفقهاء فى طبيعته ، فذهب رأى الى أنه لا يجوز إعتبار التبرع فى هذه الحالة هبة . وحجة هذا الرأى أن الهبة عقد ، وأن العقد يفترض بالضرورة إيجاباً من شخص ، وقبولاً لهذا الايجاب من شخص آخر. وفى حالتنا هذه لا يمكن أن يوجد قبول ، ذلك أن من يحصل منه القبول بالضرورة وهو المؤسسة غير موجود .

ويؤيد الكثيرون الرأى المتقدم ويحتجون له بأن القول باعتبار هذا التبرع هبة لا يجوز إلا إذا سلمنا بوجود المؤسسة قبل ذلك ، مع أن المؤسسة لا توجد إلا بهذا التبرع ، وعلى ذلك كان إعتبار التبرع هبة مفضياً الى حلقة مفرغة ، وانه لا يجوز . فثبت من ذلك أنه لا يجوز إعتبار التبرع فى هذه الحالة هبة ، وانما يجب إعتبار التبرع الذى ينشأ به المؤسسة تصرفاً من جانب واحد .

(ب) وبالنسبة للتبرع المضاف الى ما بعد الموت ، فهو يعتبر وصية بالمعنى الصحيح لصالح المؤسسة ، وليس يمنع من إعتباره كذلك كون المؤسسة غير موجودة وقت الوصية ، وأن الوصية ستكون عندئذ وصية لمعدوم ، ذلك أن الوصية لمعدوم صحيحة بشرط أن يوجد الموصى اليه فيما بعد ، فإن لم يوجد أو إستحال وجوده بطلت الوصية .

وإذا كان إنشاء المؤسسة بالنسبة لدائنى المنشىء أو بالنسبة لورثته يعتبر تبرعًا ، كان لكل من هاتين الطائفتين ، إذا كانت المؤسسة قد انشئت إضرارًا بمصلحتهم ، المطالبة بابطالها عن طريق الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الأحوال .

وفى المعنى المتقدم كانت المادة ٧١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الملغى تقضى بأن «يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائنى المنشىء وورثته بمثابة هبة أو وصية ، فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضرارًا بحقوقهم جاز لهم مباشرة الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة بالنسبة الى الهبات والوصايا » .

يلاحظ على النص المتقدم انه إعتبر سند الانشاء إذا كان تبرعيًا ، هبة ، وقد رأينا مدى بُعد هذا التكييف عن الحقيقة ، وان الأصح اعتباره عملاً تبرعيًا من جانب واحد . على أية حال فإنه يجوز لدائنى المنشىء أن يطعنوا فيه بالدعوى البوليصية طبقًا للقواعد المقررة للطعن فى التبرعات (م ٢٣٨ منى) ، وان تم إنشاء المؤسسة بطريق السند الرسمى فى أثناء مرض الموت ، اعتبر انشاؤها تصرفًا مضافًا الى ما بعد الموت وتسرى عليه احكام الوصية (م ٩١٦ مدنى) فلا ينفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

الشخصية المعنوية للمؤسسة الأهلية :

تقضى المادة (٥٩) من القانون بأن « تثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة الأهلية اعتبارًا من اليوم التالى لقيد نظامها الأساسى أو لقيد ما فى حكمه ، ويتم القيد بالجهة الإدارية بناء على طلب منشئ المؤسسة أو رئيس مجلس الأمناء أو الشخص المعيّن لتنفيذ الوصية » .

حدود أهلية المؤسسة :

تخضع المؤسسة ، كالجمعية وغيرها من الأشخاص المعنوية ، لمبدأ التخصص، ولا تثبت لها بطبيعة الحال ، الحقوق الملازمة لصفة الانسان الطبيعى .

كما تسرى على المؤسسات الأهلية فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى الباب المخصص لأحكام المؤسسات الأهلية الأحكام المقررة فى شأن الجمعيات (م ٥٥ من القانون) . وعلى ذلك لا يجوز للمؤسسة الدخول فى مضاربات مالية . كما لا يجوز لأية مؤسسة أن تنتسب أو تشترك او تنضم الى مؤسسة أو هيئة أو نادٍ

مقره خارج جمهورية مصر العربية قبل ابلاغ الجهة الإدارية المختصة بذلك ، وانقضاء ستين يومًا من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها . كما لا يجوز لأية مؤسسة ان تحصل على أموال من شخص أجنبى أو جهة أجنبية ولا أن ترسل شيئًا مما ذكر الى اشخاص او منظمات فى الخارج إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة وذلك فيما عدا المبالغ المخصصة لثمن الكتب والنشرات والمجلات العلمية والفنية .

هذا وتقضى المادة (٦٢) من القانون بأنه « يجوز للمؤسسة الأهلية أن تتلقى أموالاً من الغير بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية على ذلك وعلى الشروط التى قد يضعها مقدم المال » .

إدارة المؤسسة الأهلية :

تقضى المادة (٦٠) من القانون بأن « يكون لكل مؤسسة أهلية مجلس أمناء يتكون من ثلاثة على الأقل يعينهم المؤسس أو المؤسسون ، ويجوز أن يكون منهم أو من غيرهم الرئيس والأعضاء . وتخطر الجهة الإدارية الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بالتعيين وبكل تعديل يطرأ على مجلس الأمناء . وفى حالة عدم تعيين مجلس الأمناء أو خلو مكان أو اكثر بالمجلس وتعذر تعيين بدلاً منه أو منهم بالطريقة المبينة بالنظام الأساسى تتولى الجهة الإدارية التعيين وتخطر الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بذلك » .

وتقضى المادة (٦١) من القانون بأن « يتولى إدارة المؤسسة الأهلية مجلس الأمناء وفقاً لنظامها الأساسى ويمثلها رئيس المجلس أمام القضاء وقبل الغير » .

و « يكون للمؤسسة الأهلية ميزانية سنوية ، ويجوز – بعد موافقة الجهة الإدارية – أن يقوم مقام الميزانية – بحسب طبيعة المال الذى جرى تخصيصه وفقاً للنظام الأساسى – بيان دورى يتضمن ايراداتها ومصروفاتها وأوجه انفاق أموالها» (مادة ٦٤ من القانون) .

انقضاء المؤسسة :

يلاحظ أنه لا يتصور أن تنقضى المؤسسة بالحل الاختيارى ، فالحل الاختيارى لا يكون إلا من أعضاء الشخص الاعتبارى ، ولا يوجد لدينا أعضاء فى المؤسسة الخاصة ، فهى مجموعة من الأموال ، كما أن شخصيتها مستقلة عن

شخص مؤسسها وقد سبق بيان انه لا يجوز للمؤسس ان يعدل عن انشاء المؤسسة بعد إتمام شهرها .

ولذلك لا يتصور بالنسبة للمؤسسة إلا أن تنقضى بالحل الجبرى من الجهة الإدارية المختصة .

وفى ذلك تقضى المادة (٦٣) من القانون بأنه : « يجوز حل المؤسسة الأهلية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة المؤسسة لسماع أقوالها ، إذا توافرت دلائل جدية على ممارسة المؤسسة نشاطاً من الأنشطة المحظورة فى المادة (١١) من هذا القانون .

ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل يحددهما .

ولوزير الشئون الاجتماعية أن يكتفى فى أى من الحالات المشار إليها بإصدار قرار بالغاء التصرف المخالف أو بإزالة سبب المخالفة أو بعزل مجلس الأمناء او بوقف نشاط المؤسسة . ولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشئون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفق الاجراءات والمواعيد المحددة لذلك ، ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من هذا القانون ، وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات . ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص الطعن اعضاء مجلس أمناء المؤسسة أو أى من مؤسسيها . وتؤول الأموال الناتجة عن تصفية المؤسسة إلى صندوق الجمعيات والمؤسسات الأهلية » .

وطبقاً للمادة (١٤٠) من اللائحة التنفيذية يجوز دمج المؤسسة الأهلية فى مؤسسة اخرى وفقاً للشروط لاآتية :

١- طلب من المؤسس أو المؤسسين المحققين لأغلبية رأس مال المؤسسة ، ما لم يرد فى النظام الأساسى ، أو ما فى حكمه نسبة أكبر ، وفى حالة عدم وجود المؤسسين يكون قرار الدمج بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد اعضاء مجلس الأمناء .

٢- موافقة المؤسسين أو مجلس امناء المؤسسة المطلوب الاندماج فيها .

٣- اخطار الجهة الإدارية المختصة بطلب الاندماج متضمناً موافقة المؤسسين أو مجلس الأمناء بحسب الأحوال .

٤- تصدر الجهة الإدارية قرار الدمج فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اخطارها بالطلب .

الفرع الرابع
الأوقاف

التعريف بالوقف :

الوقف نظام اسلامى أصيل ويعرفه جمهور الفقهاء بأنه «حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس والتصدق بريعها على جهة من جهات البر فى الحال او فى المآل» . أو هو على قول الصاحبين «حبس العين على حكم ملك اللّه تعالى والتصدق فيه بالمنفعة» .

والوقف – طبقًا لأحكام الشريعة الاسلامية – يجوز أن يكون من أوله الى آخره خيرياً ، وهو ما يصرف فيه الربع من أول الأمر الى جهة من جهات البر كالفقراء والمساجد والملاجىء والمستشفيات ونحو ذلك . وقد جرى العرف على تسميته بالوقف الخيرى . ويجوز أن يجعل استحقاق الريع فى الوقف للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعينين بالذات أو بالوصف سواء أكانوا من أقاربه أو من غيرهم ، ثم من بعد ذلك الى جهة من جهات الخير ويسمى عندئذ بالوقف الأهلى .

هذا وقد أثبت العمل أن نظام الوقف الأهلى قد زادت مضاره ومساوئه على ما كان يرجى من ورائه من نفع ، لأنه يؤدى الى حبس الأعيان عن التداول ، والى عدم توزيع الثروة توزيعًا يتفق مع العدالة الاجتماعية وما تقتضيه النظم الاقتصادية لهذا أصدر الشارع فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، فقضت المادة الأولى منه بأنه لا يجوز الوقف على غير الخيرات . وقضت المادة الثانية بأن يعتبرمنتهياً كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصاً لجهة من جهات البر . ويصبح ما ينتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حيًا وكان له حق الرجوع فيه ، فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقين كل بقدر حصته فى الاستحقاق (م ٣ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢) .

ومعنى ما تقدم أن الوقف لا يمكن أن يكون إلا وقفًا خيرياً ،وهو كما أشرنا

من قبل ، يكون مؤقتاً إذا شرط الواقف أن يكون وقفه على الخيرات لمدة معلومة أو لتحقيق غرض يمكن ادراكه فى بحر مدة مؤقتة . والوقف على المساجد لا يمكن إلا أن يكون مؤبداً .

وسواء أكان الوقف مؤقتاً أم مؤبداً بأنه يؤدى إلى حبس العين عن التملك ، فلا يستطيع من يتولى شؤون الوقف أن يتصرف فيها ، وإنما هو يتصرف فى غلتها وفق إرادة الواقف . وإذا دعت الضرورة إلى التصرف فى العين الموقوفة كان ذلك باستئذان القاضى وباتباع اجراءات الاستبدال ، ويحل المال المستبدل به الموقوف محل ذلك المال ، فيصبح مخصصاً لأغراض الوقف كما كان المال الموقوف تماماً . (المادة ١٤ من قانون الوقف المشار إليه) .

الشخصية المعنوية للوقف :

يلاحظ أن القانون المدنى – فى المادة ٥٢ منه يعتبر الوقف شخصاً معنوياً . فهل فى الأحكام التى وضعها فقهاء الشريعة الاسلامية ما يبرر اعتبار الوقف شخصاً معنوياً ؟ الملاحظ أن فقهاء المسلمين لم يجعلوا للوقف ذمة مالية مستقلة، ورتبوا على ذلك أنه لا يجوز أن توهب له الهبات . ثم أنهم قالوا أن ناظر الوقف وكيل عن المستحقين . وكل ذلك يتنافى مع اعتبار الوقف شخصاً معنوياً .

ومع ذلك فتحليل أحكام الوقف تؤدى الى اعتباره شخصاً معنوياً ، فبالوقف يخرج المال الموقوف من ذمة المالك ، لا الى مالك على قول أبى يوسف . ولما كان الحق لا بد أن يكون له صاحب ، تعيّن نسبة المال الموقوف الى شخص معنوى يكون مالكاً لهذا المال . ثم انه بالوقف يرصد مال معيّن لجهة من جهات البر وهذا ما يقرّبه من المؤسسة من حيث رصد مال لتحقيق غرض معيّن وهذا هو الأصل فى الأوقاف .

ولقد ذهب القضاء المصرى إلى اعتبار جهة الوقف شخصاً معنوياً له ذمة مستقلة عن ذمة المستحقين ، واعتبر الناظر ممثلاً لذلك الشخص المعنوى لا للمستحقين . ولقد أخذ واضعوا القانون المدنى المصرى الجديد برأى القضاء المصرى فى هذا الصدد نزولاً على أحكام الضرورات العملية . فاعترف بالشخصة المعنوية للوقف .

ويكتسب الوقف الشخصية المعنوية من وقت انشائه ، وهو ينشأ بمقتضى اشهاد رسمى أمام المحكمة .

ولا يخضع الوقف لاجراءات الشهر التى تخضع لها المؤسسات ، ولكنه يقيّد بدفاتر المحكمة . وإذا كان المال الموقوف عقاراً ، فإنه يجب تسجيل الاشهاد وفقًا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن لم يسجل فإن العقار لا يعتبر موقوفاً ، لأن الملكية لا تزول عن المالك إلا بالتسجيل .

الفصل الثانى

محل الحق Objet du Droit

تمهيد وتقسيم :

تكلمنا فى الفصل الأول من هذا المؤلف عن الشخص باعتباره الركن الأول فى الحق ، ونتكلم فى هذا الفصل الثانى عن محل الحق ، أى موضوعه . ومحل الحق يختلف عن مضمون الحق ، فمحل الحق هو القيمة التى تثبت لصاحب الحق ، أما مضمون الحق Le contenu du droit فهو السلطات التى يمكن لصاحب الحق أن يمارسها بالنسبة الى هذه القيمة فحق الملكية مثلاً محله الشىء المادى الذى يرد عليه الحق ، أما مضمونه فهو ما يكون للمالك ان يقوم به من استعمال هذا الشىء واستغلاله والتصرف فيه .

ومحل الحق إما ان يكون عملاً أو شيئاً ، والشىء قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً .

والحقوق إما أن تكون شخصية أو عينية أو ذهنية .

ومحل الحق الشخصى كما سنرى هو عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به المدين ، وتلك هى الأعمال . ومحل الحق العينى شىء من الأشياء المادية يباشر عليه صاحب الحق سلطة معيّنة تضيق أو تتسع حسب مضمون الحق ، وتلك هى الأشياء . أما محل الحق الذهنى أو حق المؤلف فهو شىء غير مادى ، هو الفكرة المبتكرة بكافة صورها ، وسنرجئ الكلام عن محل الحق الذهنى لحين دراسة أنواع الحقوق .

ولذلك نعرض فى هذا الفصل للمباحث الآتية :

المبحث الأول : الأعمال (محل الحق الشخصى) .

المبحث الثانى : الأشياء (محل الحق العينى) .

المبحث الأول

الأعمال

صور محل الحق الشخصى :

محل الحق الشخصى أو الالتزام هو ما يلتزم به المدين ويحق للدائن اقتضاؤه منه . ومحل الحق الشخصى قد يكون عملاً ايجابياً يلتزم المدين بأدائه ، كالتزام العامل بالقيام بالعمل ، والتزام الوكيل بتنفيذ ما وكل فيه من أعمال، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، والتزام البائع بتسليم الشىء المبيع للمشترى وهكذا ... الخ .

وقد يكون محل الحق الشخصى امتناعًا عن عمل معيّن . مثال ذلك التزام البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالشىء المبيع . والتزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر فى منطقة معيّنة ، والتزام المستأجر بعدم التغيير فى العين المؤجرة وهكذا ... الخ .

ويلاحظ أن من صور الالتزام بعمل ، الالتزام بنقل حق عينى أو انشائه . ومثاله التزام البائع بنقل ملكية الشىء أو الحق المبيع الى المشترى ، والتزام شخص بتقرير حق ارتفاق على عقاره لمصلحة شخص آخر . وهذه الصورة من صور الالتزام بعمل ، يجرى الفقه – وجريًا على عادة الفقهاء الرومان ، على تسميتها الالتزام باعطاء . ولا يراد بالاعطاء هنا مجرد تسليم شىء ، فالالتزام بالتسليم هو التزام بعمل ، وانما يراد به نقل الملكية أو نقل أو انشاء حق عينى على شىء . فالتزام البائع بتسليم الشىء المبيع هو التزام بعمل ، وكذلك التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة الى المستأجر . ولكن التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى هو التزام باعطاء ، لأنه ينطوى على التزام بنقل حق عينى . ولا يخرج الالتزام باعطاء ، أى بنقل أو بانشاء الحق العينى عن أن يكون صورة من صور الالتزام بعمل .

شروط العمل الذى يصلح أن يكون محلاً للحق الشخصى :

رأينا أن العمل محل الحق الشخصى قد يكون اعطاء الشىء ، أو يكون عملاً ايجابيًا غير الاعطاء ، أو يكون امتناعًا عن عمل ، فهو فى جميع صوره عمل

ايجابى أو سلبى يلتزم به المدين .

ويجب أن يتوافر فى هذا العمل ، أياً كانت صورته ، شروط معيّنة لكى يصلح أن يكون محلاً للحق الشخصى .

(ا) وجوب أن يكون المحل موجودًا وممكنًا :

يجب فى العمل الذى يلتزم المدين فى الحق الشخصى بالقيام به أن يكون ممكنًا ، فإذا كان العمل مستحيلاً فلا ينشأ الالتزام . ويقصد الاستحالة هنا الاستحالة المطلقة (م ١٣١ مدنى) والاستحالة المطلقة هى التى تجعل العمل مستحيلاً فى ذاته ، فهى لا تقوم بالنسبة الى المدين فحسب ، بل تقوم بالنسبة للناس كافة . كما لو باع شخص شيئًا تبيّن انه هلك قبل العقد ، او تعهد محام برفع استئناف عن حكم اتضح أن ميعاد استئنافه كان قد انقضى . اما الاستحالة النسبية ، وهى التى تقوم بالنسبة الى المدين وقد لا تقوم بالنسبة الى غيره ، فلا تمنع من نشوء الالتزام . كما لو تعهد المدين بالقيام بعمل ليس فى استطاعته أن يقوم به ، وقد يستطيع غيره ذلك ، بأن تعهد مثلاً برسم لوحة فنية وهو يجهل الرسم .

اما إذا كان محل الالتزام حقاً عينيًا التزم المدين بنقله او انشائه ، وجب أن يكون الشىء الذى تعلق به الحق موجوداً ، أو على الأقل ممكن الوجود فى المستقبل . فإذا قصد المتعاقدان ان يقع الالتزام على شىء موجود بالفعل ولم يوجد وقت ابرام العقد لم ينشأ الالتزام ولم يقم الحق الشخصى وكذلك الحال إذا كان موجودا من قبل ثم هلك قبل التعاقد .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شىء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شىء يوجد فى المستقبل . فالمادة ١٣١ من القانون المدنى تقضى بأنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً » ، ومثاله بيع المحصولات المستقبلة أو اشياء موصى بصنعها ، وذلك فيما عدا الحالات التى يحرم فيها المشرع التعامل فى الشىء المستقبل ، كما هى الحال بالنسبة الى التركة المستقبلة وهبة المال المستقبل . وكذلك حرم قانون حق المؤلف التعامل فى مجموع الانتاج الفكرى فى المستقبل (مادة ١٥٣من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن حماية الملكية الفكرية) .

(٢) وجوب أن يكون المحل معينًا أو قابلاً للتعيين :

يجب أن يكون العمل الذى يلتزم به المدين معينًا أو قابلاً للتعيين . فإذا لم يكن العمل معينًا فيكفى أن تتوافر العناصر اللازمة لإمكان هذاالتعيين . فمثلاً إذا تعهد مقاول باقامة بناء ، وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته . فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر التى تجعل البناء قابلاً للتعيين ، كما فى حالة الاتفاق على اقامة مدرسة تتسع لعدد معيّن من الفصول والتلاميذ ، فإذا لم تذكر تلك المواصفات ولم تتوفر مثل هذه العناصر فلا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد .

وإذا كان العمل هو اعطاء شىء وجب أن يكون الشىء معينًا أو قابلاً للتعيين فإذا كان الشىء قيميًا وجب أن يعيّن بذاته ، كالأرض تذكر مساحتها وموقعها وحدودها .وإذا كان الشىء مثليًا وجب أن يعيّن بنوعه ومقداره . فمن يبيع قطنًا مثلاً وجب أن يذكر نوعه (اشمونى مثلاً) ومقداره (كذا قنطار) ويكفى أن يعيّن هذا الشىء بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار ،كما إذا تعهد شخص بأن يورد اغذية من نوع معيّن لمستشفى أو مدرسة ، فيتحدد المقدار وفقًا لحاجة المستشفى أو المدرسة . فإذا لم يتيسر استخلاص المقدارمن ظروف العقد فلا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد . هذا وقد يزيد المتعاقدان على ذلك بذكر درجة الجودة ، وعندئذ يلتزم المدين بأن يقدم شيئًا بهذه الدرجة ، فإن لم يفعلا ، وجب عندئذ تقديم صنف متوسط الجودة .

(٣) وجوب كون المحل مشروعًا أى قابلاً للتعامل فيه :

يجب فى العمل الذى يلتزم به المدين أن يكون مشروعًا ، بمعنى عدم مخالفته للنظام العام والآداب .

فإذا انطوى الالتزام على هذه المخالفة ، فلا ينشأ هذا الالتزام ، كأن يتعهد شخص ببيع كمية من المواد المخدرة ، أو يتعهد بدفع مبلغ من المال مقابل ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة ، أو كأن يتعهد بارتكاب جريمة معيّنة .

المبحث الثانى

الأشـياء

تعريف الشىء وتمييزه عن المال:

لكلمة الشـىء معنيان ، معنى مادى أو طـبيعى ، ومعنى قانـونى ، فالشـىء فى معناه المادى هو كل كائن موجود ، وهو بهذا المعنى لا يعنينا ، أما الشىء فى معناه القانونى فـهو كل كائن يصلـح لأن يسـتعمله الشـخص أو يتملكه إبتغاء إشباع حاجاته الاقتـصادية أو الروحية Spirituels . هذا الشـىء إمـا أن يكون لـه كيان مـادى يدرك بالحس أو معنوياً لا يدرك إلا بالتصـور . ولذلك فالشـىء إما مادى أو معنوى . ومن أمـثلة الأشـياء المعنوية المصـنفات الفكرية وحقـوق الملكية الصناعية من اختـراعات وبيانات وعلامات تجارية ، وأيضـًا المحل التـجارى Le fonds commerce الذى ينظر اليه فى مجموعه ، مستقلاً عن عناصره ، باعتباره شىء معنوى .

والأشـياء لا تكون محـلاً مـباشراً إلا لـنوع مـن الحـقوق المالية هى الحـقوق العينية والحق الذهنى وبعض حقوق الشـخصية كالحق فى الاسـم (مع مراعاة أن محل الحق العينى هـو الشـىء المادى ومحل الحـق الذهـنى والحق فى الاسـم هـو الشـىء المعنـوى) . أما الحـقوق الشـخصـية (الالتـزامات) فـمحلها المباشـر هو العمل،ومن ثم لا تكون الأشياء بالنسبة للحقوق الشخصية إلا محلاً غير مباشر .

هذا عن الشـىء ، أما المال فقد عرُف لغة بأنه ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان .

والمال فى فقه الشريعة الاسـلامية له معنـى آخر ، قال الشافـعى : لا يقع اسـم مال إلا على : ما لـه قيمة يباع بهـا ، وتلزم متلفه وإن قلت ، ومـا لا يطرحه الناس ، وقال بن عابدين : المراد بالمال ، ما يميل اليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة .

ويفرّق فقهاء الشريعة الغراء بين المـال والتمول . قال الشافعى – رحمه اللّه – أن للمـتمـول ضابـطين ، أحدهـما : ان كل مـا يقدر لـه أثر فى النفع . والثانى : هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار . أما غـير المتمول فهو ما لا يظهر له أثر فى الانتفاع لقلته ، مثل حبة القمح والشعير ،وما لا يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار، مثل حفنة تراب ولحم الميتة .ويقول ابن عابـدن من الحنفية أن المـالية تثبت بـتمول الناس كافة أو بعضـهم . فما يعتبـره الناس مالاً يكون مالاً ، وما لا يعتبره مالاً عند

الكل لا يسمى مالاً . مثال الأول : الخمر والخنزير ، حيث يعتبر كل منهما مالاً غالباً عند غير المسلمين ، ويحرم الانتفاع بهما عند المسلمين . ولذلك اختلف الفقهاء فى ماليتهما ، فذهب الجمهور الى أنها ليست مالاً لحرمتها ، وذهب الحنفية الى أنها مال ، ولكنه غير متقوم ، لأنها من الأموال ذات القيمة عند غير المسلمين ، وعدم التقوم عندنا لنجاستها وعدم إباحتها وحرمتها فى حالة الاختيار،ومثال الثانى : حبة قمح أو ذرة أو شعير ، وذلك لعدم تمولها بمفردها عند الجميع.

فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً كحبة حنطة ، وما يتمول بلا إباحة انتفاع يكون مالاً ، ولكنه غير متقوم عند الحنفية ، وعند غيرهم لا يكون مالاً لحرمته كالخمر . وإذا عدمت المالية والاباحة الشرعية ، لم تثبت له المالية عند جميع الفقهاء.

ويلاحظ أن الشىء إذا اعتبر مالاً عند الكل أو البعض ، لا تزول عنه صفة المالية بترك بعض الناس تموله دون البعض الآخر ، بل لا بد من ترك الأشخاص كلهم تموله ، فما اعتبره الكل ليس مالاً - بعد أن كان مالاً - تسقط ماليته فى هذه الحالة ، ويصبح الشىء ليس مالاً ، مثل أوراق النقد الملغاة من الجهة التى أصدرتها فإنها لا تسمى مالاً بعد الغاء التعامل بها .

أما إذا ترك البعض ماليته - بعد أن كان مالاً - واعتبره ليس مالاً ، وبقى البعض الآخر على اعتباره مالاً ، ولم يتركوا ماليته ، لا تزول ماليته فى هذه الحالة، ويبقى مالاً عند الفقهاء .

فالمال لدى فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء هو كل ما يمكن حيازته واحرازه والانتفاع به فى العادة . ويقسمونه الى نوعين متقوم وغير متقوم . والأول هو ما حيز وجاز الانتفاع به شرعاً فى حالة السعة والإختيار (اى جوازه فى غير حالة الاضطرار ، فالخمر والخنزير فى حق المسلم مال غير متقوم إذ لا يجوز له الانتفاع بهما فى غير حال الاضطرار كجوع أو ظمأ يخشى معهما هلاكه) وحكمه أن يستوجب تضمين متلفه عند إعتدائه عليه ، والثانى هو ما لم يتوافر فيه أحد الأمرين : الحيازة أو جواز الانتفاع حال السعة والاختيار ، وحكمه أنه لا ضمان على متلفة . وبناء على ذلك تعتبر الأشياء القابلة للتملك والانتفاع اموالاً ، فإذا كانت مملوكة بالفعل فهى أموال متقومة وإلا فهى غير متقومة .

وفى القانون ، حدث تطور فى مفهوم الشىء والمال . فيدل تاريخ الشرائع على

أن المال كان فى الأصل هو الشىء المادى ذاته الذى يرد عليه الحق فكانت كل الأموال أشياء وإن لم تكن كل الأشياء أموالاً .

ثم حدث تطور بعد ذلك ، بعد أن ظهر للناس أن بعض الحقوق المترتبة على أشياء مادية كحق الانتفاع وحق الارتفاق بمال الغير تعتبر هى الأخرى أموالاً متميّزة عن الشىء الواردة عليه . فالشىء الواحد يكون مملوكاً لأحد الأشخاص وعليه حق ارتفاق لآخر ، فيحسب هذا الشىء مالاً فى ذمة الأول ، كما يحسب حق الارتفاق المرتب عليه مالاً فى ذمة الثانى .

وبناء على ما تقدم ينبغى التفرقة بين المال والشىء ، فالمال هو الحق ذو القيمة المالية ، أما الشىء فهو محل لذلك الحق المالى ، وليس هو المحل الوحيد إذ يعتبر العمل كذلك محلاً ، ولذلك تكون فكرة المال أعم من فكرة الشىء ، ثم ليس كل شىء يصلح لأن يكون محلاً لحق مالى سواء أكان ذلك يرجع الى طبيعة ذلك الشىء أو لحكم القانون . والأشياء التى لا تصلح بطبيعتها لأن تكون محلاً للحق هى الأشياء التى يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم بها دون انتفاع بعض كالهواء والماء الجارى وأشعة الشمس .... الخ . ولذلك عرفها القانون بأنها الأشياء التى لا تصلح بحكم القانون لأن تكون محلاً للحق المالى .

وإذا كان من الجائز تسمية الشىء المادى مالاً إذا نظر اليه باعتباره محلاً لحق الملكية فقط دون غيره من الحقوق ، فإن من الخطأ تسمية الأشياء التى لا مالك لها أموالاً مباحة ، فالصحيح انها أشياء مباحة وانها لا تصير أموالاً إلا إذا حيزت وترتب عليها حق الملكية ، وهى متى أصبحت كذلك لم تعد مباحة .

بعد التحفظ السابق تستطيع أن تقول أن القانون المدنى الجديد قد أخذ بالتفرقة بين المال والشىء ، فتحاشى الخلط الذى وقعت فيه التقنينات السابقة . إذ نص أولاً على أن الأشياء تكون محلاً للحقوق المالية (المادة ٨١) ، وبين أنواعها فى المواد ٨٢ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ثم قسم الأموال الى أموال عقارية وأموال منقولة ، وعرف كلا النوعين بأنهما حقوق مالية ، فدل بذلك على أنه يعتبر المال هو الحق ذو القيمة المالية ، وانه يعتبر الشىء محلاً فقط للحق الذى يعد مالاً (مادة ٨٣) .

تقسيم الأشياء والأموال :

ذكر القانون عدة تقسيمات للأشياء وأضاف الفقه تقسيمات أخرى . فنتكلم عن :

١- تقسيم الأشياء من حيث جواز تملكها الى اشياء قابلة للتملك ، وأخرى غير قابلة للتملك .

٢- تقسيم الأشياء من حيث صلاحيتها لتكرار استعمالها الى اشياء تستهلك بمجرد الاستعمال وأخرى يتكرر استعمالها .

٣- تقسيم الأشياء من حيث تعيينها الى اشياء مثلية وأخرى قيمية .

٤- تقسيم الأشياء من حيث تخصيص منفعتها ، الى اشياء مخصصة للمنفعة العامة وأخرى مخصصة للمنفعة الخاصة .

٦- تقسيم الأشياء من حيث قابليتها للقسمة الى قابلة وغير قابلة للقسمة .

٧- تقسيم الأشياء الى بسيطة ومركبة .

٨- تقسيم الأشياء من حيث وجودها الحالى ، الى اشياء حاضرة وأخرى مستقبلة .

الفرع الأول

الأشياء القابلة للتملك والأشياء غير القابلة للتملك

تقضى المادة ٨١ من القانون المدنى بأن «(١) كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية . (٢) والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع احد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية » .

يتضح من هذا النص أن الأشياء التى لا تقبل التملك نوعان :

(١) أشياء تخرج عن التعامل بحكم طبيعتها :

وتلك هى الأشيا المشتركة Les communes ، أى التى يشترك فى الانتفاع بها جميع الناس ، بحيث لا يحول انتفاع أحدهم بها دون امكان انتفاع الآخرين بها كالشمس والهواء والماء الجارى . ولما كان الحق يتضمن معنى الاستئثار الحاجز ، فإن مثل هذه الأشياء لا تصلح أن تكون محلاً للحقوق .

ولكن إذا كانت هذه الأشياء لا تصلح للاستئثار بها فى مجموعها ، فإنه من المتصور الاستيلاء على مقادير محدودة منها يمكن الاستئثار بها ، وبالتالى تصلح

لأن تكون محلاً للحق فى حدود هذا الاستئثار ، ومثال ذلك الاستيلاء على كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية وهكذا ...

(٢) أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون :

وهى نوعان :

أ- الأشياء التى ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها لأن فى هذا التعامل ما يعد اخلالاً بالنظام العام أو الآداب العامة ، كالمخدرات ، والأفلام الجنسية. وإذا كان المشرع يجيز فى أحوال معيّنة التعامل فى بعض هذه الأشياء كالتعامل فى المخدرات لأغراض طبية ، فإن هذه الاجازة لا تغير من وصف هذه الأشياء .

ب- الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص وهى التى يطلق عليها الأموال العامة ، وسنزيد أمرها تفصيلاً عند الكلام عن تقسيم آخر من تقسيمات الأشياء .

أما الأشياء القابلة للتملك ، فهى تلك الأشياء التى تصلح لأن تكون محلاً لحق شخص من الأشخاص يستأثر بها دون غيره من الناس حتى ولو لم تكن مملوكة بعد لأحد مادام القانون لم يمنع التعامل بها .

وهى على أنواع ثلاثة :

أ- الأشياء المباحة Choses libres ,vacantes ou sams maître :

وهى أشياء قابلة بطبيعتها للتملك ولكن لا مالك لها . وهى إما انها لم تكن مملوكة لأحد من قبل ، كالحيوانات غير الأليفة مادامت طليقة والطيور والأسماك . وإما لأنها كانت مملوكة لأخد ثم تخلى عنها مالكها ، وتلك هى الأشياء المتروكة أو المهملة les derelicates كالأشياء القديمة التى يستغنى عنها الانسان بقصد النزول عن ملكيتها .

وقد نظم المشرع أحكام الأشياء السابقة فى المواد ٨٧٠ و ٨٧١ و ٨٧٣ و ٨٧٤ من القانون المدنى . ويستفاد من هذه الأحكام أن الأشياء المباحة تصير ملكاً لمن يستولى عليها أى لمن يضع يده عليها بنية تملكها . غير أن القانون قد نص على أن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكًا للدولة ولا يجوز تملكها أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقًا للقوانين واللوائح .

ب- الأشياء الموقوفة :

وهى اشياء تزول عنها الملكية الخاصة وترصد منفعتها على الفقراء أو على جهة من جهات البر ، سواد اكان ذلك فى الحال أم كان بعد انقراض المستحقين المذكورين فى اشهاد الوقف . ويكون الوقف فى الحالة الأولى خيرياً وفى الثانية اهليًا ، وللوقف ناظر يتولى ادارته وينفذ شروط الواقف . والملاحظ - وكما رأينا من قبل - أن المشرع قد الغى الوقف على غير الخيرات وحل الأوقاف الأهلية القائمة وملكها للمستحقين .

جـ- الأشياء المملوكة :

وهى الأشياء التى يكون للأشخاص عليها حق ملكية ، وهذه الأشياء بطبيعة الحال تعد قابلة للتملك والانتقال من مالك الى أخر .

المطلب الثانى

الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك

أساس التقسيم :

هناك من الأشياء ما لا يمكن استعماله دون استهلاكه ، فلا تصلح هذه الأشياء لاستعمال متكرر ويطلق عليها الأشياء القابلة للاستهلاك Choses consomptibles par le premier usage وهذه الأشياء ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها ، ويستوى فى هذا الاستهلاك ، أن يكون مادياً بالقضاء على مادتها كأكل الطعام والخبز والفاكهة ، أو الفحم باحراقه واستعمال المنسوجات بتحويلها الى ملابس ، أو قانونيًا بالتصرف فيها كانفاق النقود وبيع السلع . فالأشياء القابلة للاستهلاك هى تلك الأشياء التى يختلط فيها الاستعمال بالتصرف .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك Choses non-consomptibles par le premier usage ، فهى الأشياء التى تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد الاستعمال الأول لها حتى ولو ترتب على تكرار استعمالها أو طوله ، هلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص مكانتها ، كالأرض والمنازل والسيارات والملبوسات والمفروشات والآلات والكتب . والاستعمال فى هذه الأشياء يستقل عن سلطة التصرف فيها .

والأساس الذى يعوّل عليه فى اعتبار الشىء من هذا النوع أو ذاك هو طبيعة الشىء ذاته . غير أن ارادة الانسان بما لها من سلطان تستطيع أحياناً أن تغيّر فى الوصف القانونى للأشياء ، تستطيع أن تجعل من الشىء الذى يستهلك عادة بمجرد الاستعمال ، شيئًا قابلاً للاستعمال دون أن يستهلك إذا خصصته لاستعمال آخر غير الاستعمال المعد له بطبيعته . فالثمار والنقود معدة بطبيعتها للاستهلاك ، ولكنها إذا أعدت لعرضها فى معرض مثلاً أو فى معارض متوالية ، فإنها تصبح غير قابلة للاستهلاك بحسب ما خصصت له . وتستطيع الارادة كذلك أن تجعل من الشىء غير قابل للاستهلاك قابلاً له . فالكتب طالما انها أعدت للاستعمال الشخصى فإنها لا تكون مما يستهلك بالاستعمال ، ولكن إذا أعار صاحب مكتبة كتاباً لصاحب مكتبة أخرى لحاجة المستعير إلى أن يبيع هذا الكتاب لعميل يطلبه ، فإن الاستعمال فى هذه الحالة يكون بالتصرف فى الكتاب الى العميل .

ومن ذلك يتبيّن انه بجانب الأساس الموضوعى الذى يعتمد على طبيعة الأشياء للتفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة له ، هناك أيضاً أساس يستند الى ارادة المتعاقدين .

وعلى الأحكام المتقدمة تنص المادة ٨٤ من التقنين المدنى بأن « الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها أو انفاقها . فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد فى استهلاكها أو انفاقها . فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع » .

أهمية التفرقة :

سنرى من بعد أن سلطة التصرف فى الشىء تكون من حق المالك وحده . ولذلك يجب أن يكون الشخص مالكاً للشىء القابل للاستهلاك حتى يستطيع استعماله ، وبناء عليه أيضاً فإن كل عمل قانونى ينشىء للشخص حق استعمال شىء قابل للاستهلاك ، ينشىء بالضرورة لذلك الشخص حق ملكية على هذا الشىء .

ولذلك تظهر اهمية التفرقة بين الأشياء التى تستهلك بمجرد الاستعمال وغيرها من الأشياء فى ترتيب حق الانتفاع وفى عقد العارية .

(١) فحق الانتفاع يعد من الحقوق العينية وهو يخوّل لصاحبه أن يستعمل

عيناً معيّنة مملوكة لغيره وأن يستغلها مدة محدودة ، على أن يردها بعينها الى مالكها بعد انتهاء تلك المدة ، فإذا كان الشىء يستهلك بمجرد الاستعمال فإنه لا يملك رده بعد استعماله ، ولذلك لا يصلح لأن يكون محلاً لحق الانتفاع وكذلك لا يصلح لأن يكون محلاً لحق الاستعمال .

(٢) وفى عقد العارية ، يأخذ المستعير شيئاً مملوكاً لشخص آخر ، على أن يستعمله ثم يرده بذاته بعد انتهاء هذا الاستعمال الى المعير . ولذلك لا يصلح الشىء القابل للاستهلاك على أن يكون محلاً لعقد العارية . وإذا تصورنا ورود هذا العقد على نلك الشىء ، فإن معنى ذلك هو نقل ملكية الشىء الى المستعير .

غير انه لضرورة تسهيل التعامل وجدت نظم من شأنها أن تحقق بالنسبة الى الأشياء التى تستهلك بمجرد الاستعمال مثل الغرض الذى يؤدى اليه ترتيب حق الانتفاع وعقد العارية وهى شبه حق الانتفاع والقرض .

« فالشىء القابل للاستهلاك يصلح محلاً لشبه حق الانتفاع ، وفيه لا يلزم المنتفع عند انتهاء حقه فى الانتفاع إلا برد بدل الأشياء التى استهلكها (م ٢/٢٢ مدنى) . كذلك عقد العارية ، فهو طبقًا للمادة ٦٣٥ مدنى يلزم المستعير برد الشىء بعد استعماله ، وإذن فلا يصلح الشىء القابل للاستهلاك محلاً له . وانما يجوز أن يكون هذا الشىء محلاً لعقد القرض حيث لا يلتزم المقترض إلا برد شىء مماثل للشىء الذى اقترضه فى مقداره ونوعه وصفته (مادة ٥٣٨ مدنى وانظر ايضاً مادة ٧٢٦ مدنى) . ويتضح من ذلك أن شبه حق الانتفاع والقرض لا يردان على الأشياء القابلة للاستهلاك إلا إذا كان لهذه الأشياء مثيل يمكن رده ، أى إلا إذا كانت أشياء مثلية » .

الفرع الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

تنقسم الأشياء باعتبار التماثل وعدمه الى قسمين :

مثلى Choses ou biens fongibles .

وقيمى Choses ou biens non fongibles .

فالمثلى ، ما يوجد له نظائر من جنسه ، لا تختلف عنه وتتشابه ، بحيث لا

يكون اختيار أحدها دون الآخر محل خلاف ، أو تؤدى الى نزاع . وينطبق المثلى على المكيلات كالحبوب ، والموزونات كالذهب والفضة ، والعددى المتقارب أحاده كالبرتقال والبيض مثلاً ، إذا كانت من نوع واحد وحجم متقارب ، كما نجد ذلك عند الباعة ، ومثاله أيضاً المعلبات والمنسوجات وغيرها من انتاج المصانع . وهذه الأشياء هى التى جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. فتقضى المادة ٨٥ من القانون المدنى بأن «الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن» .

والقيمى ، هوما لا يوجد له نظير ، أو يوجد له نظير ولكن يختلف عنه ، بحيث لا يسمح بالاختيار بينهما لعدم المساواة فى كل شىء ، وإذا تصورنا أن يسمح بالاختيار بينهما فلا يكون ذلك إلا مع دفع عوض ، لوجود فرق أو ميزة فى أحدهما . فالأشياء القيمية إذن هى الأشياء التى تتفاوت أحادها تفاوتًا يعتد به بحيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء ، كالأراضى والمبانى والحيوانات والصناعات اليدوية وقد يتحوّل المثلى الى قيمى فى بعض الحالات منها :

١- تعيب الشىء المثلى بأحد العيوب التى تنقص من قيمته ، أو تقلل الرغبة فيه ، فإنه يتحول فى هذه الحالة من مثلى الى قيمى ، لأن العيوب تختلف ، فتتعذر المثلية ، ويتحول الى قيمى .

٢- استعمال المثلى ، قليلاً كان هذا الاستعمال أو كثيراً .

٣- إختلاط المثلى بمثلى آخر ، بحيث يتعذر الفصل بينهما ، أو يحتاج الفصل بينهما الى وقت أو انفاق مال .

٤- تعذر الحصول على مثله ، لنفاذه من الأسواق وعدم وجوده ، لأن ذلك مما يزيد فى قيمته .

أهمية التقسيم :

تظهر اهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية فى نواحى متعددة وبالذات فى نطاق نظرية الالتزامات وبالأخص فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام .

(١) بالنسبة لنوع الحق المترتب على الشىء ، فإن الحق العينى لا يرد إلا على شىء قيمى ، أى معيّن بالذات (أو كان مثلياً ثم تحول الى قيمياً بتعيينه) ، أما

الأشياء المثلية فلا يكون الحق عليها إلا حقاً شخصيًا مثال ذلك ، إذا كان المبيع منزلاً كان حق المشترى عليه عينياً ، أما إذا كان المبيع مائة أردب قمح من ألف أردب كان حق المشترى شخصيًا . فإذا أفرزت المائة أردب بالتعيين أو بالتسليم فإنها تصير عندئذ قيمية ويصير حق المشترى عليها عينياً .

(٢) بالنسبة الى انتقال الملكية بالعقد ، فإذا كان محل الالتزام شيئًا قيمياً يملكه الملتزم انتقلت ملكيته من المدين الى الدائن بمجرد العقد (مع عدم الاخلال بشرط التسجيل بالنسبة للعقارات وفقًا للمادة ٢٠٤ مدنى) . اما إذا كان مثلياً ، فإن ملكيته لا تنتقل إلا بإفرازه عن غيره (المادة ٢٠٥ مدنى) .

(٣) بالنسبة الى انقضاء الالتزام بسبب هلاك الشىء . فالملاحظ أنه إذا كان المدين قد التزم بشىء مثلى غير معيّن بالذات فإن ذمته تبرأ بوفائه أى شىء من نفس الجنس . وليس له ذلك إذا كان الشىء قيمياً ، بل لا بد من الوفاء به بذاته . ويترتب على ذلك أن هلاك الشىء القيمى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضى. أما هلاك الأشياء المثلية التى كان المدين يعتمد عليها فى التنفيذ ـ كبائع حبوب احترقت مخازنه) ، فلا يجعل التنفيذ مستحيلاً مادامت هناك أشياء من نفس النوع فى السوق ، ويعبر عن ذلك عادة بالقول بأن « المثليات لا تهلك » Genera non pereunts .

(٤) إذا كان الالتزام باعطاء وكان محله أشياء مثلية ، فإن المدين يعد أنه قد نفذ التزامه ، متى أعطى الدائن ما التزم به من نفس النوع ومن صنف متوسط ، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً فلا يعد الالتزام منفذاً إلا إذا اعطى المدين دائنه نفس الشىء دون غيره من الأشياء .

(٥) بالنسبة للمقاصة القانونية ، فطبقاً للمادة ٣٦٢ مدنى لا تقع المقاصة إلا بين دينين موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة. ذلك أن المقاصة تعد نوعاً من أنواع الوفاء .

(٦) من حيث مكان الوفاء إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، أما إذا كان محل الالتزام شيئًا معيناً بالنوع فقط فيكون الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م ٣٤٧ مدنى) .

الفرع الرابع

العقارات والمنقولات

أساس التقييم :

يعد تقسيم الأشياء الى ثابتة أو عقارية والى منقولة من أهم تقسيمات الأشياء وذلك بالنظر الى خطورة النتائج المترتبة على التمييز بينها وكثرتها .

وهو تقسيم قديم ، عرفه القانون الرومانى القديم . فكانت المنقولات meubles هى الكائنات الحية التى تتحرك بذاتها والجمادات التى يمكن نقلها من مكان الى آخر ، وكانت الأشياءالثابتة أو العقارات immeubles هى الأراضى والمبانى وكل ما يتصل بها بصفة مستقرة وكذلك الشجر والغراس مادام متصلاً بالأرض .

وقد أخذ القانون الفرنسى القديم بهذا التقسيم أيضاً ، وادخل فيه الأموال المعنوية أى الحقوق . فأصبحت هناك منقولات مادية وأخرى معنوية وكذلك فيما يتعلق بالعقارات . وقد اعتبرت العقارات من أهم عناصر الثروة وأحيط التعامل فيها بضمانات خاصة لاتزال آثارها باقية الى اليوم . أما المنقولات فلم تكن لها أهمية تذكر حتى جرى المثل بأن الأشياء المنقولة أشياء تافهة res mobilis revilis .

ولقد عرفت الشريعة الاسلامية ، هذ التقسيم :

فينقسم المال بإعتبار الاستقرار وعدمه الى عقار ومنقول . وقد إختلف الفقهاء فى تعريفهما وإنقسموا الى فريقين :

١ - **تعريف الجمهور** : عرف الجمهور العقار بأنه ما له قرار، وهو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر . فلا ينطبق إصطلاح العقار عندهم إلا على الأرض فقط وتشمل جميع الأراضى ، وان إختلفت طرق الانتفاع بها .

٢ - **تعريف المالكية** : عرف المالكية العقار بأنه : الدور والحوانيت والبساتين اما البئر وغيره مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، فهو عندهم : مما يتعلق بالعقار ، وليس عقاراً . اما المنقول ، فهو ما عدا العقار عند المالكية والجمهور .

ونخلص من ذلك الى ما يأتى :

العقار بالإجماع هو : ما له قرار ثابت لا ينتقل بحال من الأحوال ، وهو الأرض .

والمنقول بالإجماع : ما أمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر مع بقاء هيئته وحالته ، مثل الحيوانات والمكيلات والموزونات وما شابهها .

ما كان عقاراً عند البعض ، منقولاً عن البعض الآخر :

أى ما اختلف فيه الفقهاء ، وهو ما له قرار مدة طويلة ، ويمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر ، مثل البناء والنخل والشجر . لأن الأصل فى هذه الأشياء تغيّر هيئتها والانتفاع بها عند إنتقالها لأن كلاً منها يدوم ويبقى فى مكانه مدة طويلة، وله قرار فى الأرض ، والغالب فيه إذا انتقل ، أن تتغيّر صورته وهيئته ، ويتغيّر الانتفاع به ، وإن كان فى القليل النادر بقاء هيئته وصورته وكيفية الانتفاع به ، كما يحدث فى نقل الأشجار والنخيل الى الحدائق ، وكما فى نقل الآثار بكاملها من مكانها الى مكان آخر .

فعلى رأى المالكية هى عقار ، ويتعلق بها أحكام العقار .

وعلى رأى الجمهور هى منقول ، ويتعلق بها أحكام المنقول إذا انفردت بالتصرف . وتأخذ حكم العقار إذا كانت تبعاً للأرض ، فينطبق عليها الأحكام التى تنطبق على الأرض .

ولقد أخذ القانون المدنى بهذه التفرقة وذلك التقسيم بين العقارات والمنقولات، فبعد أن ميّز بين المال والشىء ، قسم الأشياء الى ثابتة ومنقولة ، ثم عاد فقسم جميع الأموال ، أى الحقوق المالية ، سواء كان محلها أشياء مادية أو غير ذلك الى أمواله عقارية وأموال منقولة .

فقضت المادة ٨٢ من القانون المدنى بأن « (١) كل شىء مستقر بحيّزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول . (٢) ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

فلقد قسم المشرع – فى هذا النص – الأشياء الى عقارات ومنقولات . وقد عرف العقار تعريفاً مباشراً وعرف المنقول تعريفاً غير مباشر . وترجع التفرقة بين العقارات والمنقولات الى اساس طبيعى هو ثبات الشىء أو عدم ثباته . فيكون الشىء عقاراً إذا كان مستقراً بحيّزه فيه لا يمكن نقله دون تلف ، وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول .

يتبيّن مما تقدم أن هناك اعتبار طبيعى يفرّق بين العقارات والمنقولات وهذا

الاعتبار يترتب عليه فروق قانونية ، حيث تختلف القواعد القانونية الخاصة بالعقار عن تلك الخاصة بالمنقول اختلافاً مرجعه استقرار الأول دون الثانى فى حيّز ثابت .

وبجانب هذا الاعتبار الطبيعى « وجد اعتبار آخر اقتصادى ترتبت عليه زيادة الفروق بين القواعد القانونية الخاصة بطائفتىّ الأشياء .ففى العصور الوسطى حين كان يسود النظام الاقطاعى كانت الأرض أهم عناصر الثروة وعماد النظام السياسى ، أما المنقولات فكانت تعد من التوافه . وقد ترتبت على ذلك فروق فى التنظيم القانونى لكل منهما ، وهى فروق لازال الكثير منها قائمًا فى القوانين الحديثة رغم ازدياد أهمية الثروات المنقولة . غير أن لهذه الفروق ما يبررها فى مصر التى لازالت ، بصفة رئيسية ، بلداً زراعياً » .

أهمية هذا التقسيم :

ان تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات كما رأينا يرجع الى اعتبار طبيعى يؤدى الى تعدد النتائج المترتبة على هذا التقسيم ، كما أننا رأينا أنه بجانب هذا الاعتبار الطبيعى وجد اعتبار اقتصادى أدى الى تزايد الفروق بين القواعد القانونية الخاصة بطائفتىّ الأشياء . ولذلك يمكن – متمشين فى ذلك مع جانب من الفقه المصرى – تقسيم النتائج المترتبة على التفرقة بين العقار والمنقول الى طائفتين ، طائفة يبررها ثبات العقارات ، وطائفة ثانية تبررها أهميتها الاقتصادية ، هذا مع ملاحظة أن هذه النتائج جميعها تتصل بالحقوق التى ترد على الأشياء أو تتعلق بها لا بالأشياء ذاتها ، فالقانون لا يعنى بالأشياء إلا بوصفها محلاً للتعامل . وقد قضت المادة ٨٣ مدنى بأن « كل حق عينى يقع على عقار يعتبر مالاً عقارياً ،ويعتبر مالاً منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . وعلى ذلك فالحقوق العينية التى ترد على منقول وكذلك الحقوق الشخصية ، حتى ولو كان محل الالتزام حق عينى على عقار تعتبر أموالاً منقولة .

(أ) النتائج المترتبة على الاعتبار الطبيعى :

(١) ان ما تتمتع به العقارات من خاصة الثبات والاستقرار مكن من فرض نظام شهر الحقوق العينية كوسيلة لحماية الغير .

فبالنسبة للتصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية الأصلية بقصد انشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها ، فإنه لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا تم شهر هذا التصرف بطريق التسجيل ، إذا كنا بصدد نظام للشهر الشخصى ، وبطريق

القيد فى السجل العينى فى الأنظمة التى تأخذ بنظام الشهر العينى . فإذا لم يتم شهر التصرف بتسجيله أو قيده فلا يترتب عليه اى اثر من حيث انشاء الحق العينى أو نقله أو تغييره أو زواله وذلك سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير . وإنما يقتصر اثر التصرف غير المشهر على انشاء التزامات شخصية بين الطرفين . ففى البيع العقارى مثلاً ، لا يترتب على البيع نقل الملكية للعقار المبيع من البائع الى المشترى إلا إذا تم شهر هذا البيع بالتسجيل أو القيد ، أما قبل ذلك فالملكية لا زالت للبائع وإن كان عليه التزام بنقلها الى المشترى . فإن عاد البائع وباع العقار مرة ثانية الى مشترٍ ثان ، فإن المفاضلة بين المشترين تكون على أساس الأسبقية فى التسجيل أو القيد ، فإذا ثبت ان المشترى الثانى كان أسبق فى اجراء شهر التصرف ، انتقلت اليه الملكية دون المشترى الأول .

أما بالنسبة للتصرفات التى ترد على الحقوق العينية العقارية التبعية ، فإن شهرها يتم بطريق القيد ، وهذا القيد ضرورى للاحتجاج بها على الغير . فإذا اتفق مدين مع دائنه على أن ينشىء له رهناً رسمياً على عقار ضمانًا للوفاء بدينه ، فإن الدائن المرتهن لا يستطيع الاحتجاج بالرهن على الدائنين الآخرين ولا على من تصرف اليهم المالك الراهن فى العقار ، إلا إذا كان الرهن مقيداً اى مشهراً .

والواقع أن المشرع بتقريره لنظام شهر التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية انما يهىء للغير الوسيلة الفعالة التى تمكنهم من الاطلاع على ما يثقل العقار الذى يريدون التعامل فى شأنه من حقوق وأعباء .

ويراعى أن نظام الشهر انما يقتصر فقط على العقارات دون المنقولات ، فالأخيرة ليس لها مكان ثابت تستقر فيه ، الأمر الذى يجعل من العسير اخضاعها لنظام الشهر . فشهر العقار يتم فى مكتب الشهر الذى يوجد العقار فى دائرته . أما بالنسبة للمنقولات ، فمن العسير فى الغالب من الأحوال تركيز اجراءات الشهر بالنسبة للحقوق العينية التى ترد عليها وذلك لعدم امكان نسبة المنقولات الى مكان معيّن .

(٢) فإذا كانت لا توجد اجراءات معيّنة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات امراً مشهراً معلوماً للكافة كما هو الشأن فى العقارات ، ونظراً لسرعة تداول المنقولات فى الأيدى بسرعة فائقة ، لم يكن هناك مناص من اعتبار الحيازة فى المنقول سند للحائز فيما يدعيه من حق عليه ، وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته .

فتقضى المادة ٩٧٦ مدنى بأن « (١) من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته . (٢) فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توفر لدى الحائز فى اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها . (٣) الحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» .

(٣) طالما أن نظام الشهر يعد قاصراً على العقارات دون المنقولات ، فإنه يترتب على ذلك أن بعض الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمى والاختصاص ، لا ترد كقاعدة عامة إلا على العقارات . وذلك أن حيازة الأشياء المتعلقة بالرهن الرسمى أو الاختصاص تظل للمدين ، ولا سبيل لاعلام الغير بالحقوق التى ترد عليها إلا عن طريق شهر تلك الحقوق .

ولكن إذا أمكن اخضاع بعض المنقولات (ذات الطبيعة الخاصة كالطائرات والسفن والسيارات والمحال التجارية) لنظام للشهر يماثل نظام شهر العقارات ، فلا يوجد مايمنع عندئذ من ورود بعض الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمى ، عليها .

(٤) رأينا أن المشرع قد وضع - فى شأن المنقول - قاعدة معيّنة لا تسرى فى شأن العقارات ، وهى أن الحيازة فى المنقول بسبب صحيح سند للملكية . وبناء على ذلك فإن حائز المنقول ليس فى حاجة الى حماية خاصة ، حيث تختلط حيازة المنقول بأصل الحق ، ويكفى الحائز أن يثبت حيازته المادية للمنقول حتى يفترض القانون أن حيازته هى حيازة قانونية مستكملة لعنصريها المادى والمعنوى وأنها خالية من العيوب ومقترنة بحسن نية ومستندة الى سبب صحيح . وبالتالى يكون لحائز المنقول بمجرد حيازته المادية - الحق الذى يدعيه ، الى أن يثبت عكس ذلك بمقتضى احدى القرائن التى وضعها القانون .

اما فى العقار ، فإن الحيازة ليست سنداً للحائز ، فالسبب الصحيح ليس مفترضاً فى حيازة العقار . وانما على الحائز اثباته ، فإن اثبته مع استمرار ذلك خمس سنوات ، كانت له الملكية بمقتضى قواعد التقادم القصير ، وان لم يثبت السبب الصحيح كانت المدة خمس عشرة سنة ، وهذا هو التقادم الطويل .

مما تقدم يتبيّن أن قاعدة الحيازة فى المنقول تعد كفيلة بحماية الحائز . أما

فى العقار وحيث تظل الحيازة مستقلة عن أصل الحق ، فيتعيّن وضع نظام يكفل حماية الحيازة فى ذاتها ، وقد عنى المشرع بذلك فوضع قواعد ما يسمى بدواعى الحيازة (المواد ٩٥٨-٩٦٢ مدنى) وهذه الدعاوى قاصرة فقط على العقار دون حاجة اليها فى المنقول .

(٥) طالما كان العقار ثابتاً ومستقراً فى مكان معيّن ، فإنه من الطبيعى والمنطقى أن يتحدد الاختصاص المحلى فى الدعاوى العقارية على أساس محل العقار .

أما فى الدعاوى المنقولة ، وسواء أكانت شخصية أو عينية ، فيتحدد الاختصاص بمحكمة موطن المدعى عليه وحدها ، حيث لا يكون للمنقول مكان ثابت مستقر يتحدد على أساسه الاختصاص .

(٦) لما كانت العقارات ثابتة ومستقرة فى مكان معيّن ، فإن معنى ذلك أنها تتجاور ، والجوار يعد سبباً من أسباب تقرير نظام الشفعة فى العقار (أنظر المادة ٩٣٥ مدنى) وهذا السبب لا وجود له فى شأن المنقولات ، وبالتالى فهو لا يخضع لنظام الشفعة .

(ب) النتائج المترتبة على الاعتبار الاقتصادى :

أشرنا من قبل إلى أن الاعتبارات الاقتصادية تقوم أساسًا على فكرة أن العقارات لها قيمة أكبر من قيمة المنقولات . وتلك الاعتبارات تبرز بعض الخلافات بين النظام الذى يخضع له المنقول والعقار من الناحية القانونية ، ومثال ذلك :

(١) أن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش فى البيع لا تقبل إلا إذا كان المبيع عقاراً مملوكاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية الكاملة (المادة ٤٢٥ /١ مدنى) . فلا تقبل هذه الدعوى إذا كان البيع وارداً على منقول من المنقولات .

(٢) رأينا عند دراسة أحكام الولاية على المال أن الوصى على القاصر ، لا يجوز له أن يقوم ببعض الأعمال القانونية إذا كانت واردة على عقار إلا بإذن من المحكمة ، كتأجير الأراضى الزراعية لمدة أكثر من ثلاث سنوات ، وتأجير المبانى لمدة أكثر من سنة (المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) .

(٣) ومن آثار الاعتبار الاقتصادى (والذى يجعل للعقار قيمة أكبر من المنقول) انعكاسة ذلك على نفسية مالك العقار ، فالعقار قد يعاصر عدة أجيال من

العائلة الواحدة ومن هنا اكتسبت ملكية العقار صفة عائلية وأصبح له منزلة خاصة فى نفسية العائلة . ومراعاة لهذا الاعتبار النفسى حرص المشرع على أن يحافظ قدر الامكان على بقاء العقار فى ملكية العائلة . وعدم خروجه منها إلا بعد اجراءات معقدة .ومن هنا فرّق القانون يبن اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الأولى اكثر سرعة وأقل تعقيداً من الثانية. فالمشرع يضع العقبات فى سبيل التنفيذ على العقار فى الوقت الذى يبسط فيه اجراءات التنفيذ على المنقول .

(٤) رأينا عند دراسة الجمعيات(باعتبارها من الأشخاص المعنوية) أن المشرع قيّد أهلية الجمعيات فى اكتساب الحقوق على العقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، ولم يضع قيوداً مماثلة على الحقوق التى ترد على المنقولات .

(٥)عند تصفية التركة لسداد ديونها « يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ، ومن ثمن ما فى التركة من منقول ، فإن لم يكن ذلك كافياً فمن ثمن ما فى التركة من عقار » (مادة ١/٨٩٣ مدنى) .

كذلك الشأن أيضاً فى حالة الافلاس ، فقد يسّر المشرع اجراءات بيع منقولات المفلس على خلاف عقاراته . فيجب مثلاً على السنديك أن يحصل على إذن من القاضى المعيّن مأموراً للتفليسة لبيع العقارات على عكس الحال فى المنقولات والتى يجوز للسنديك بيعها بغير حاجة الى مثل هذا الاذن .

(٦) ونظراً لأهمية الثروة العقارية وخطورتها نجد أن المشرع قد وضع حداً للقدر الجائز تملكه لنوع معيّن من العقارات (وهى الأراضى الزراعية) فلا يجوز أن يمتلك الفرد اكثر من خمسين فداناً ولا يجوز للأسرة أن تمتلك اكثر من مائة فدان من الأراضى الزراعية . أما تملك الثروة المنقولة فلا يرد عليه تلك القيود .

(٧) وكذلك فإن نظرة المشرع للعقارات باعتبارها من ركائز الثروة وعنصراً مؤثراً فى النفوذ والسيطرة جعلته يحظر على الأجانب تملك بعض العقارات (الزراعية أو المبنية) ولا يحظر عليهم تملك المنقولات .

المطلب الأول

العقارات Les Immeubles

القاعدة والاستثناء :

رأينا أن العقار هو الشيء الثابت المستقر بحيّزه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، وهذا هو العقار بطبيعته . غير أن المشرع قد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناءً من طبيعتها وذلك إذا خصصت لخدمة عقار واستغلاله ، وتسمى العقارات بالتخصيص . فنعرض فيما يلي لهذين النوعين من العقارات .

أولاً : العقارات بطبيعتها Immeubles par nature

العقار بطبيعته هو ، طبقاً للتعريف الذى وضعته المادة ١/٨٢ مدنى « كل شيء مستقر بحيّزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف » .

ومن هذا التعريف يتبيّن انه يلزم لاعتبار الشيء عقاراً توافر شرطين :

١- أن يكون الشيء المادى حائزاً لصفة الاستقرار .

٢- انه لا يمكن نقله بدون ان يعتريه خلل أو تلف ، أى بدون أن تتغيّر ذاتيته .

وعلى هذا الأساس لا تعد أشياء عقارية بل منقولة ، أكشاك الاستحمام المقامة من الخشب على أرض الدولة بناء على امتياز ممنوح منها لصاحبها ، إذا كان يمكن فصلها عن الأرض دون تلف ، وكذلك الشأن أيضاًفى مخيمات البدو والكشافة وما شابه .

ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان الشيء قد اكتسب الثبات والاستقرار بأصل خلقته ، كما هو الشأن فى الأرض ، أم كان ذلك يرجع الى صنع صانع ، كما هو الحال بالنسبة للمبانى والنباتات المغروسة .

(١) فتعد عقاراً بالطبيعة الأراضى بجميع أنواعها ، سواء أكانت أراضى زراعية أم أراضى معدة للبناء ، وسواء وجدت فى المدن أو القرى ، وبغض النظر عن قيمتها .

وتشمل الأرض سطحها وكل ما تحتها مما يتصل بها بشرط أن يكون ذلك

متصلاً اتصال قرار بالأرض ،كالمعادن وسائر الطبقات المكوّنة لها .

أما الكنوز والآثار المنقولة المدفونة فى الأرض فلا تعتبر من العقارات لأنها وإن كانت توجد فى الأرض إلا أنها لا تعتبر جزءاً منها بل هى مخبأة بها فقط ، ولذلك فهى أشياء منقولة .

ويلاحظ أنه إذا انتزعت أجزاء من الأرض أو إذا انفصلت عنها ، كانت هذه الأجزاء منقولة ، كالأتربة والأحجار والمعادن المستخرجة من الأرض ، وكذلك أيضاً المبانى إذا هدمت والأشجار والمغروسات إذا انتزعت أو جنيت .

(٢) وتعتبر المبانى أشياءً عقارية أياً كانت طبيعتها وأياً كان الغرض منها . فتشمل المبانى دور السكن والمخازن والمصانع وأيضاً المنشآت فوق الأرض أو تحتها كالخزانات والقناطر والجسور والأنفاق والآبار المبنية والمخابئ .

ولا أهمية لقيمة البناء ، فالمبانى الضئيلة القيمة كالمبانى الكبيرة القيمة تعتبر عقاراً بالطبيعة ، كما لا يهم أن تكون اقامتها دائمة أو مؤقتة كأبنية المعارض مثلاً . فإذا كان المبنى قد شيِّد ليظل مدة طويلة ومستمرة فلا خلاف فى أنه يعتبر من العقارات ، وكذلك إذا كان قد شيِّد كى يبقى مدة قصيرة كمبانى المعارض – كما اشرنا – فإنه قد يكون معلوماً مقدماً تاريخ ازالتها ولكن ذلك لا يغيِّر من حيث اعتبارها عقارات لأن العبرة كما قلنا هو بامكان نقلها من عدمه من مكانها دون تلف .

كما لا توجد أهمية من حيث كون البانى هو نفس المالك للأرض أو شخصاً أخر كالمنتفع أو المحتكر أو الحائز أو المستأجر .

كما يمتد وصف العقار الى جميع أجزاء البناء التى لا يتم إلا بها باعتبارها جميعاً وحدة يكمل بعضها بعضاً . فيعتبر عقاراً بالطبيعة الشرفات والأبواب باقفالها والشبابيك والمصاعد وأنابيب المياه والغاز والكهرباء . ويبقى لهذه الأشياء وصفها مادامت حائزة لوصف الثبات والاستقرار . ولكن ما الحكم فى شأن أجزاء البناء ، كالأبواب والنوافذ ، إذا فصلت عنه مؤقتاً لاصلاحها واعادتها اليه ثانية ؟

ذهب رأى الى انها تظل محتفظة بصفة العقار بالطبيعة ، وذهب أخرون الى انها تصبح عقارات بالتخصيص ، بينما يذهب الرأى الراجح فى الفقه الى اعتبارها

منقولات ملحقة بالبناء فيسرى عليها ما يسرى عليه ،طبقاً للمبدأ القائل أن الفرع يتبع الأصل ، دون حاجة الى القول أنها هى ذاتها ، رغم فصلها ، تعتبر عقارات . ومن هذا القبيل ايضاً انه بمقتضى المادة ١٠٣٧ مدنى ، يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل، فيجرى فى توزيعها ما يجرى فى توزيع ثمن العقار ، ولو كانت الثمار قد جنيت قبل اجراء التوزيع .

« القاعدة اذن ، ان الشىء يفقد صفته كعقار إذا فصل عن الأرض ، ولكن طالما هو متصل بها إتصال قرار فهو عقار ، ولو كان فى النية فصله عنها بعد قليل » .

(٣) وتعتبر النباتات أيضاً عقارات بطبيعتها ، مادامت متصلة بالأرض تمتد جذورها فيها ، إذ يستحيل أن يتعذر نقلها من الأرض بدون خلل أو تلف .

وتعتبر النباتات المتصلة بالأرض من العقارات بغض النظر عن قيمتها ، قلت او كبرت ، وبصرف النظر عن الزمن الذى تستغرقه النباتات فى المكوث فى الأرض ،طال أو قصر ، ولذلك فإن نباتات المشاتل الممتدة جذورها فى الأرض تعتبر عقارات مادامت كذلك ، وإن كانت معدة لأن تنقل . أما النباتات الغير مثبتة فى الأرض مثل الزهور التى توجد فى إصص بحيث يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف أى يتوافر لها عامل الحركة عن طريق الغير فإنها تعتبر من المنقولات .

ولا يهم شخص الغارس ، فالنباتات تعتبرعقارات سواء كان غارسها هو مالك الأرض أو الحائز أو المحتكر أو المنتفع أوالمستأجر . فالعبرة بإتصال النباتات بالأرض إتصالاً لا يمكن معه نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف .

ووصف العقار لا يلحق النباتات وحدها ، بل هو يلحق ثمارها أيضًا مادامت متصلة بغصونها .

وتظل النباتات وثمارها معتبرة عقاراً مادامت متصلة بالأرض ، فإذا انفصلت عنها اعتبرت منقولة ، فالأشجار بعد قطعها ، والحاصلات والثمار بعد جنيها هى اشياء منقولة .

المنقولات بحسب المآل Meubles par anticipation :

رأينا أن العقار بطبيعته هو كل شىء ثابت مستقر بحيِّزه ومع ذلك فإن هناك نصوصاً متفرقة فى التشريع يعتبر فيها المشرع الشىء الثابت منقولاً .

من هذه النصوص مثلاً أن المادة ١١٤٢ من التقنين المدنى تنص على أن «المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى انتاجه» . ومن ذلك أيضًا أن المادة ١١٤٣ مدنى تنص على امتياز مؤجر الأراضى الزراعية على المحصول لاستيفاء الأجرة المستحقة له . وقد ذكر المشرع هذين الامتيازين بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، فى حين أن مقتضى المادة ١/٨٢ مدنى اعتبار المحصول قبل جنيه عقاراً ، إذ طالما أن النباتات ممتدة جذورها فى الأرض فإن تعريف العقار بطبيعته يشملها .

ومن هذا القبيل أيضًا ما تنص عليه المادة ٣٥٤ مرافعات من أنه « لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً » . من ذلك يتبيّن أن المشرع يخضع الحجز على تلك الثمار والمزروعات قبل نضجها بـ ٤٥ يومًا لاجراءات الحجز على المنقول وليس لاجراءات الحجز على العقار بالرغم من أنها مازالت متصلة بالأرض . فيوضح هذا النص مدى اعتراف المشرع بوجود فكرة المنقول بحسب المآل .

« فما الذى دعا المشرع الى الخروج على المعيار الذى وضعه فى المادة ١/٨٢ مدنى واعتبار ما هو عقار بطبيعته منقولاً ؟

واضح أن أساس إعتبار تلك الثمار والمزروعات من المنقولات هو النظر اليها باعتبار ما ستكون عليه فى المستقبل . ذلك أن إعمال الامتياز الذى نصت عليه المادة ١١٤٢ من التقنين المدنى ، يقتضى الالتجاء الى التنفيذ القهرى لكى يستوفى الدائن حقه . وسواء كان الدائن الذى يباشر التنفيذ القهرى ذا دين ممتاز يخوّله الاستيفاء بالأولوية على غيره ، أو كان دائناً عادياً ينفذ بحقه بمقتضى ما له من ضمان عام ، فإن النهاية الطبيعية للتنفيذ ستكون بيع تلك الثمار والمزروعات جبراً عن المدين الى مشترٍ يتسلمها بعد جنيها ، أى بعد فصلها من الأرض . لذلك فالحاصل أنه عند التنفيذ على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، لا ينظر اليها باعتبار حالتها الراهنة ، وانما باعتبار الحالة التى ستكون عليها فى المستقبل ، أى بعد فصلها عن الأرض وصيرورتها منقولات . ولذلك فمن المعقول أن تُتبع فى التنفيذ عليها اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار ، ومن المعقول أيضاً أن يُنظم الامتياز المقرر عليها بوصفه امتيازاً على منقول . فلا معنى لالزام الدائن باتباع اجراءات التنفيذ العقارى ، وهى اكثر تعقيداً من اجراءات الحجز على المنقول ، مادام مصير تلك الثمار والمزروعات أن تنفصل عن الأرض فى وقت قريب وتسلم الى من اشتراها فى المزاد بوصفها منقولات . ولا معنى لاشتراط قيد

الامتياز المقرر عليها ،مثلاً ، مادام إعمال هذا الامتياز سيؤدى الى الحجز عليها بوصفها منقولات .

إذن ، أساس اعتبار الثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، فى المواد السابقة ، منقولات ، هو النظر اليها باعتبار ما ستكون عليه فى المستقبل ، أى باعتبار ما ستؤول اليه . لذلك اصطلح على تسميتها منقولات بحسب المال » .

ولكن هل النصوص التى أوردناها فيما تقدم تعد أحكاماً استثنائية محضة ، أم انها تعبر عن نظرية عامة فى اعتبار بعض العقارات منقولات بحسب المال ؟ وبعبارة أخرى - وخارج النصوص المتقدمة - هل يعد بيع الثمار المتصلة بالأرض قبل نضجها ، بيعاً لمنقول أم لعقار ؟ يستقر الفقه والقضاء على أنه « واضح أنه لا محل للتفرقة بين البيع الذى يتم اختياراً والبيع الجبرى الذى يتم بناء على توقيع الحجز على تلك الثمار . ومادام مقتضى نصوص قانون المرافعات اعتبار البيع الثانى بيع منقول ، فلا معنى لاعتبار البيع الاختيارى بيع عقار ، ففى الحالتين قد نظر الى المبيع باعتبارما سيؤول اليه أى بوصفه منقولاً . ولا يقتصر الأمر على الثمار والمزروعات . فإذا بيع بناء لكى يحصل المشترى على أنقاضه ، فإن المتعاقدين فى هذه الحالة لم ينظرا الى البناء على حالته الراهنة ، وانما باعتبار ما سيؤول اليه بعد هدمه . فالبيع فى نظر المتعاقدين ليس البناء القائم ،وانما الأنقاض التى ستتخلف عن هدمه . وكذلك الحال فى البيوع التى يكون محلها احجاراً او معادن ستستخرج من محجر أو منجم ، او أشجار ستقطع من غابة .

وفى كل هذه الأحوال يعتبر البيع بيع منقول ، لأن ارادة المتعاقدين قد إنصرفت الى النظر الى الشىء المبيع ، لا على حالته الراهنة ، وانما على اعتبار ما سيؤول اليه فى المستقبل عند تنفيذ البيع . فالغاية المقصودة من العقد هى حصول المشترى على منقول » .

وبناء على ما تقدم استخلص الفقه والقضاء نظرية المنقول بحسب المال ، فنعرض لهذه النظرية بشىء من التفصيل ، فنبيّن شروط اعتبار العقار منقولاً بحسب المال ، والنتائج المترتبة على ذلك .

شروط اعتبار الشىء الثابت منقولاً بحسب المال :

رأينا انه ليس هناك ما يحول دون أن تتجه إرادة ذوى الشأن الى إعتبار الشىء الثابت منقولاً بحسب ماله والتعامل فيه على هذا الأساس . على أنه يشترط لاعتباره كذلك أن تتجه ارادة المتعاقدين إتجاهاً حقيقياً الى فصل الشىء عن الأرض، وأن يكون من المتحقق وقوع هذا الفصل عن الأرض فى وقت قريب .

(١) يشترط لاعتبار البيع مثلاً ، بيع منقول ، أن تتجه ارادة المتعاقدين بالفعل الى فصل المبيع عن الأرض ، أى يجب أن يكون مصيره المحتوم هو الانفصال عن الأرض .

فلا يتحقق هذا الشرط مجرد كون البيع قاصراً على البناء (أو الأشجار مثلاً) مع احتفاظ البائع بملكية الأرض ، بل يجب بالاضافة الى ذلك ، أن تنصرف ارادة المتعاقدين بالفعل الى هدم البناء لكى يحصل المشترى على أنقاضه أو قطع الأشجار ليحصل المشترى على أخشابها وهكذا .... ذلك انه من المتصور رغم احتفاظ البائع بملكية الأرض ، أن تكون نية المشترى قد اتجهت الى استخدام المبنى مع استئجار الأرض من البائع ، وعندئذ لا يعد البيع ، بيعاً لمنقول بحسب المآل .

(٢) قلنا أن السبب الذى دعا الى اعتبار الشىء الثابت منقولاً ،هو الرغبة فى الحصول على هذا الشىء بهذا الوصف أى بوصفه منقولاً ، ولذلك لا يكفى أن يكون من المحتمل انفصال هذا الشىء عن الأرض ، بل لا بد من أن يكون من المحقق والمؤكد حصول هذا الانفصال بالفعل ، وبناء على ذلك :

أ- لا يعتبر البيع بيعاً لمنقول إذا اتفق فى العقد على أن يكون للمشترى أن يهدمه إذا شاء ومتى شاء ، فقد يتخيّر المشترى إبقاء البناء وإستخدامه باعتباره عقاراً .

ب-كما لا يعتبر البيع بيعاً لمنقول ، إذا حدد ميعاد بعيد للقيام بعملية الهدم ، مما يتنافى مع القول بأن الغاية الأساسية من العقد هى الحصول على منقول .

جـ - أيضاً لن نكون بصدد بيع منقول ، إذا كان المشترى مهدداً من الغير بأن يبقى على البناء ولا يهدمه ،ومثال ذلك ، أن يأذن المؤجر للمستأجر بالبناء فى الأرض المؤجرة بشرط أن يكون للمؤجر عند انتهاء عقد الإيجار أن يطلب الازالة أو إستبقاء البناء ، فإذا حدث وقام المستأجر ببيع البناء الى مشترى بقصد هدمه عند انتهاء العقد ، فقد لا يحدث هذا الهدم إذا ما اختار المؤجر - وهو من الغير - إستبقاء البناء . ولذلك لا يعد البيع هنا لمنقول بحسب المآل ، فالانفصال عن الأرض ليس محققاً .

النتائج المترتبة على اعتبار الشىء الثابت منقولاً بحسب مآله :

نعرض فيما يلى لأهم النتائج المترتبة على اعتبار الشىء الثابت منقولاً بحسب مآله :

أولاً : فيما يتعلق بوقت انتقال الملكية : يجب ان نفرّق بين نقلها فيما بين المتعاقدين ، ونقلها بالنسبة الى الغير .

(أ) نقل الملكية فيما بين المتعاقدين :

إذا كان محل العقد شيء غير معيّن بالذات ، فإن الملكية لا تنتقل - طبقًا للقواعد العامة - الى المشترى إلا بالافراز . ولذلك إذا بيعت كمية من ثمار حقل او كمية من أحجار محجر دون تحديد هذه الكمية فإن الملكية لا تنتقل الى المشترى إلا بالافراز .

اما إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات ، كبيع ثمار حقل معيّن او انقاض منزل معين بالذات ، تنتقل الملكية الى المشترى بمجرد العقد وبغير حاجة الى تسجيل او شهر .

(ب) نقل الملكية بالنسبة الى الغير :

راينا ان الأساس فى اعتبار الشيء الثابت منقولاً ، انما يرجع الى ارادة المتعاقدين ، فهل يقتصر اثر هذه الارادة عليهما ام ان تغييروصف الشيء بهذه الارادة يتعدى الى الغير ، فيعد البيع بالنسبة له ايضاً منقولاً ؟

إذا كان محل البيع شيء غير معيّن بالذات ، فإن العقد - سواء بالنسبة للمتعاقدين او الغير - لا يترتب سوى التزامات او حقوق شخصية . وهذا الحق يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير وذلك تطبيقًا لقواعد الخلافة الخاصة فى الحقوق والالتزامات ، حيث تنتقل الالتزامات المتصلة بالشيء الى الخلف الخاص فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه . « وواضح ان التزام مالك الأرض الناشيء عن بيع كمية من جوف الأرض من احجار او كمية مما عليها من ثمار ، من شانه ان يحد من ملكه . فهو إذن من مستلزمات الشيء طبقاً للمعيار المتبع عادة فى تطبيق المادة ١٤٧ مدنى . فإذا باع مالك الأرض بعد ذلك الى مشترٍ يعلم وجود هذا الالتزام ، فإن الالتزام ينتقل اليه بانتقال ملكية الأرض . ويكون لمشترى المنقول بحسب المآل ان يطالب مشترى الأرض بتنفيذ ذلك الالتزام، بافراز الأحجار او الثمار المبيعة وتمكينه من فصلها عن الأرض » .

أما إذا كان المبيع معيناً بالذات ، فيذهب الراى الراجح فى الفقه الى ان هذا البيع يسرى فى مواجهة الغير إذا كان على علم بالعقد الذى نظر فيه الى الشيء بوصفه

منقولاً . ولا محل هنا لاشتراط التسجيل .

« فليس من المقبول منطقاً أن يكون الشيء الواحد ، وهو محل لعقد واحد ، ذا طبيعة مزدوجة ، فيعتبر فى نفس الوقت منقولاً بالنسبة للمتعاقدين وعقاراً بالنسبة للغير . وإذا كان المتعاقدان قد نظرا الى محل العقد باعتبار ما سيؤول اليه فى المستقبل عند تنفيذ العقد ، فتلك حقيقة لا يقبل من الغير أن يتجاهلها. خصوصًا وانه فى كثير من الأحيان تتفق نظرة المتعاقدين الى محل العقد مع المصير الطبيعى الذى سيصير إليه حتماً ، كما فى بيع الثمار ، فإن مصيرها الطبيعى هو أن تنفصل عن الأرض .

ثانياً : انه إذا نشأ نزاع عن البيع كانت المحكمة المختصة هى تلك التى فى دائرتها موطن المدعى عليه ، لأن موضوع النزاع حق منقول .

ثالثًا : ان دعوى تكملة الثمن التى ترفع فى حالة بيع عقار مملوك لشخص غير كامل الأهلية بغبن يزيد على الخمس ، لا ترفع فى هذه الحالة ، إذ الدعوى مقصورة فحسب على حالة بيع العقار .

رابعاً : انه ليس لمشترى الشيء المعتبر منقولاً بحسب مآله أن يطلب حماية يده بإحدى دعاوى الحيازة ، حيث أن هذه الدعاوى لا تحمى إلا حائز العقار .

خامساً : ان الامتياز المقرر للبائع على المبيع إستيفاء للثمن يعتبر امتيازاً واقعًا على منقول حتى قبل أن يفصل المبيع عن الأرض ، فيخضع لأحكام المادة ١١٤٥ مدنى الخاصة بامتياز بائع المنقول لا المادة ١١٤٧ الخاصة بامتياز بائع العقار.

سادساً : يجوز لدائنى المشترى توقيع الحجز على الشيء المعتبر منقولاً بحسب المآل طبقاً لاجراءات الحجز على المنقولات ، لا طبقاً لاجراءات التنفيذ على العقار ،حتى ولو لم يكن المبيع قد تم فصله فعلاً عن الأرض .

وبالجملة فإن كل أحكام المنقول هى الواجبة التطبيق على الشيء المعتبر منقولاً بحسب المآل .

ثانيًا : العقارات بالتخصيص Immeubles par destination

تمهيد :

بعد أن تعرضت الفقرة الأولى من المادة ٨٢ مدنى للعقار بطبيعته ، أضافت الفقرة الثانية من ذات المادة قولها « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص ، المنقول

الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

فإذا كان العقار بالطبيعة هو كل شيء ثابت فى مكانه لا يمكن نقله دون تلف، فإن العقار بالتخصيص من حيث طبيعته المادية يمكن نقله من مكان الى آخر ولكن القانون - خروجاً على طبائع الأمور - يعتبر تلك المنقولات من العقارات إذا رصدت لخدمة عقار أو استغلاله ، وتلك هى العقارات بالتخصيص .

ولكن ما هى الغاية من خلق هذا النوع من العقارات ؟ الواقع أن المشرع يهدف من إيجاد العقارات بالتخصيص الى المحافظة على الوحدة الاقتصادية التى نشأت بين العقار والمنقول . فتخصيص المنقول لخدمة العقار يترتب عليه حسن استغلال هذا العقار والمحافظة على قيمته . وبالتالى فكل ما من شأنه المساس بتلك الوحدة بينهما يترتب عليه المساس بقيمة العقار نفسه وبالتالى بمصلحة مالك العقار . فلقد تأثر المشرع بدور العقار وأهميته فى اقتصاديات البلد ودخلها القومى ، فحرص على المحافظة على قيمة العقار وذلك بإخضاع المنقولات التى تخصص لخدمته لنفس النظام القانونى للعقارات . وعلى أية حال فإن نظام العقارات بالتخصيص يهدف على المستوى العام المحافظة على قيمة العقارات ، فالحاق المنقول ، الذى يسهل حسن استخدام العقار بالعقار ، من شأنه أن يرفع من قيمته ، ويؤدى بالتالى الى تحقيق مصلحة المالك الشخصية من حيث حسن استغلال العقار وإستفادته من النتائج التى تترتب على إعتبار تلك المنقولات عقارات بالتخصيص . كما يهدف هذا النظام الى حماية دائنى مالك العقار الذين لهم حق الضمان العام على أموال مدينهم ، فضلاً عن تحقيقه لمصلحة الدائن ذو الضمان الخاص على عقار مدينه . فمثلاً إذا جرى حجز على عقار يشتمل على أدوات زراعية - ولم تكن هناك نظرية العقار بالتخصيص - لوجب إجراء حجزين ، حجز أول وهو التنفيذ على العقار ، وحجز ثان وهو الحجز على المنقولات أى على الأدوات الزراعية ، ولكل نوع من هذه الحجوز شروط وأحكام متباينة . وتوقيع مثل تلك الحجوز المختلفة سيؤدى بلا شك الى فصل الأدوات الزراعية عن العقار وإلحاق الضرر فى النهاية بضمان الدائن ، أما نظام العقارات بالتخصيص فيحول دون تحقق مثل هذه النتيجة . حيث تعامل الملحقات والتوابع المنقولة معاملة العقار من كافة الأوجه .

فإذا كان لا بد من معاملة المنقولات المخصصة لخدمة العقار واستغلاله معاملة العقار ذاته ، فكيف يمكن الوصول الى هذه الغاية ؟

من المتصور أن يتم هذا بوسيلة من وسيلتين :

الوسيلة الأولى هى أن يلجأ المشرع الى نوع من الافتراض او الحيلة القانونية، فلربط مصيرالمنقول بالعقار يقرر المشرع اعطاء المنقول وصف العقار حكمًا وافتراضاً ، وبذلك يخضع كل من المنقول والعقار للنظام القانونى للعقارات . ففى العقارات بالتخصيص نجد أنه يترتب على ارادة المالك إذا وضع المنقول فى عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله ، اعتبار المنقول عقاراً رغم كونه غير مثبت فى الأرض ولن يحدث هذا التثبيت قريبًا أو بعيداً، فاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص يعد أمراً مخالفاً للحقيقة فهو إذن محض افتراض قانونى أو حيلة قانونية .

ويترتب على الأخذ بفكرة العقار بالتخصيص انه لا يجوز الحجز على المنقول مستقلاً عن العقار الذى خصص لخدمته أو استغلاله ، كما أن التنفيذ على العقار يشمل ضمناً التنفيذ على العقارات بالتخصيص .كما أن حق الدائن المرتهن للعقار الأصلى يمتد ليشمل أيضاً العقارات بالتخصيص . وفى قسمة الأموال الشائعة إذا وقع عقار فى نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الشريك يأخذ العقار وما خصص لخدمته واستغلاله من منقولات (اى العقارات بالتخصيص) . كما أن الوصية بالعقار الأصلى تشمل ايضًا المنقولات المخصصة لمنفعة العقار الموصى به واستغلاله . كما أن الوصية بالعقار الأصلى تشمل ايضًا المنقولات المخصصة لمنفعة العقار الموصى به واستغلاله . وبصفة عامة يأخذ المشرع بنظرية عامة للعقار بالتخصيص ولا يقتصر آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة أخرى .

أما الوسيلة الثانية ، فهى وسيلة أكثر واقعية وتؤدى الى ذات الغرض الذى يسعى المشرع الى تحقيقه ، هذه الوسيلة تتلخص فى أن المنقول تابع والعقار أصل، والتابع يلقى مصير الأصل ، وتلك هى فكرة التبعية ومقتضاها أنه عندما يرتبط شىء بشىء آخر ابتغاء غرض معيّن ، فإنه ينشأ عن هذا الارتباط علاقة تبعية وخضوع بين الشىء التابع والشىء المتبوع أو الرئيسى . وتتميّز فكرة التبعية بأنها تقوم عل نظرة واقعية للأمور مع تحقيقها ذات الأهداف المنشودة من فكرة العقار بالتخصيص . فإضفاء صفة العقار حكماً على بعض المنقولات فيه مخالفة واضحة لطبائع الأمور بل ان المشرع ذاته لم يستطع أن يتمشى مع منطق الافتراض الى نهايته ويحكم بالتشابه الكامل التام للعقار بالتخصيص مع العقار بالطبيعة . ففى بعض الأحيان يتحتم الرجوع الى الواقع والاعتراف بالطبيعة

المنقولة للعقارات بالتخصيص . من ذلك أن بائع المنقول لا يفقد امتيازه على المبيع بصيرورته عقاراً بالتخصيص ، بل يظل امتيازه قائماً باعتباره امتيازاً على منقول. ولكن إذا ثُبت المنقول المبيع وصار عقاراً بطبيعته ، فإنه يفقد ذاتيته ، ويفقد البائع بالتالى امتيازه عليه . ومن ذلك أيضاً أن القاعدة هى أن العقارات لا تدخل فى تكوين المحل التجارى ، فهو يتكوّن من مجموعة من العناصر المنقولة مادية ومعنوية ، ولذلك فرهن المحل التجارى لا يشمل العقار الذى يباشر فيه التاجر تجارته ، ولكن قانون رهن المحال التجارية يقرر بأن يشمل رهن المتجر رهن المهمات والآلات التى تستعمل فى استغلال المحل ولو صارت عقاراً بالتخصيص .

على أية حال ، فإن المشرع قد تقبل صراحة الأخذ بفكرة العقار بالتخصيص ، ولذلك يتعيّن علينا أن نعرض أولاً للشروط الواجب توافرها حتى يمكن أن يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص ، ثم نتحدث بعد ذلك عن كيفية زوال صفة العقار عن ذلك المنقول فيعود الى وضعه الطبيعى .

أولاً : شروط اعتبار المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص :

أشرنا من قبل أن الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى تقضى باعتبار عقاراً بالتخصيص « المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

فلقد حدد النص المتقدم الشروط الواجب توافرها لاعتبار المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص ، فنعرض لهذه الشروط :

(أ) : وجود منقول بطبيعته وعقار بطبيعته :

فيجب أولاً أن نكون بصدد منقولاً بطبيعته ، أى منقولاً مادياً ، ذلك أن نظام العقارات بالتخصيص لا ينطبق على المنقولات المعنوية أى الحقوق المنقولة ، فالمنقول الذى يمكن أن يكتسب وصف العقار بالتخصيص هو المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ولا يتصور وضع منقول فى عقار إلا إذا كان هذا المنقول منقولاً مادياً .

وبناء على ذلك إذا التزم شخص بالقيام بالدعاية لعقار بقصد تسهيل خدمته واستغلاله ، فإن الحق الشخصى الذى يثبت لمالك العقار الملتزم لا يكسب وصف العقار بالتخصيص .

ويجب ثانيًا أن نكون بصدد عقار بطبيعته يوضع فيه المنقول بطبيعته . ولذلك إذا تصورنا وجود شخص له حق عقارى معنوى على شىء مثل حق انتفاع، فإن المنقول الذى يضعه صاحب حق الانتفاع فى الأرض لا يمكن أن يكتسب صفة العقار بالتخصيص لانتفاء وجود العقار بطبيعته .

ولا يهم بعد ذلك نوع العقار بطبيعته أو المنقول بطبيعته ، فسواء كان المنقول حيوانًا أم احجارًا أو كان العقار مبنى أو ارضًا أو نباتًا فإن الشرط الأول يعد متوافرًا .

(ب) : اتحاذ مالك العقار والمنقول:

ورد هذا الشرط صريحًا فى نص القانون ، على النحو الذى أشرنا اليه منذ قليل والحكمة من هذا الشرط هو مراعاة الهدف الذى ترمى اليه نظرية العقار بالتخصيص ، حيث تهدف هذه النظرية الى المحافظة على الوحدة الاقتصادية التى انشأها المالك بين العقار والمنقول . فالمشرع لم يجعل المنقول تابعًا للعقار إلا لكى يمنع فصل المنقول عن العقار الذى يُرصد لخدمته ، بغير إرادة مالك العقار ، فيشمل بيع العقار أو رهنه أو الحجز عليه ، المنقولات التى خصصت لخدمته أو استغلاله ، أى العقارات بالتخصيص . وهذا الهدف لا يمكن أن يتحقق إذا كان العقار والمنقول مملوكين لشخصين مختلفين ، ذلك أن الفصل بينهما متصور فى أية لحظة . وبالتالى فإن الوحدة الاقتصادية لا يمكن أن تتصف بالثبات والاستقرار المستوجب توحيد مصير كل منهما ما لم يتوافر وحدة المالك .

يجب إذن أن يكون مالك العقار والمنقول واحدًا ، وهنا يبدو الفارق بين المنقول الذى يصبح عقارًا بالتخصيص ، والمنقول الذى يصبح عقارًا بالطبيعة نتيجة تثبيته فى الأرض بحيث لا يمكن نقله منها دون تلف . كالأحجار والأخشاب التى يقام منها المبنى والأشجار التى تغرس فى الأرض . فالمنقولات التى تصبح عقارًا بالتخصيص يجب أن يكون واضعها فى العقار هو مالك العقار ذاته ، أما المنقولات التى تثبت فى العقار فتتحول الى عقار بطبيعته ، فلا يشترط فيها وحدة المالك ، حيث يمكن أن يكون واضعها شخص آخر غير مالك العقار .

وبناء على ما تقدم فإن المنقولات المملوكة لمستأجر العقار أو المنتفع به لا تعتبر عقارات بالتخصيص ولو وضعت ورصدت لخدمة العقار واستغلاله . وأيضًا فلو استأجر مالك العقار منقولات أو استعارها وخصصها لخدمة عقاره ، لا تعتبر هذه ثابتة بالتخصيص ، وكذلك ايضًا لو اشتراها بعقد بيع علق فيه انتقال الملكية

على شرط الوفاء بكامل الثمن ولم يكن قد دفع الثمن كله بعد .

ولكن هل يشترط أن يكون مالك المنقول الذى خصص لخدمة العقار أو استغلاله ، مالكاً لهذا العقار ملكية مفرزة ؟

ذهبت محكمة النقض المصرية الى أنه إذا كان أحد الشركاء على الشيوع فى أرض يمتلك ماكينة ملكية خاصة وأقامها على هذه الأرض بما له واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص ، فإنها لا تصير عقاراً بالتخصيص .

وقد تعرض هذا الحكم لنقد شديد من جانب الفقه . فمالك العقار على الشيوع يملك نصيباً معلوماً فى كل ذرة فيه . فإذا خصص منقولاً لخدمة هذا العقار ، فمن البديهى القول بتوافر شرط اتحاد الملكية وبالتالى فالمنقول يكتسب صفة العقار بالتخصيص . وبشرط موافقة أغلبية الشركاء على تخصيص المنقول لمنفعة العقار واستغلاله أو على الأقل عدم معارضتهم .

فيرى فريق آخر « أنه يجب لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص فى حالة الملكية الشائعة ، عدم معارضة أغلبية الشركاء المشتاعين ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فإذا كان من المسلم به طبقاً لقضاء محكمة النقض أن كل مالك على الشيوع له حق الملكية فى كل ذرة من العقار الشائع وأن هذا الحق سواء بين الشركاء لا يمتاز به واحد عن الآخر ، فإن شرط اتحاد الملكية متوافر . ولكن شرط اتحاد الملكية لا يكفى وحده . بل لا بد من أن يخصص المنقول لمنفعة العقار وخدمته . ولما كان ذلك التخصيص يعتبر من أعمال الادارية المعتادة للمالك المشترك فإنه طبقاً لما قرره المشرع فى المادة ٨٢٨ مدنى مصرى ، فإن ما يستقر عليه رأى اغلبية الشركاء من اعمال الادارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فلا يجوز لمالك المنقول أن ينفرد بإدارة المال الشائع . ولذلك يشترط لتعقير المنقول فى حالة الملكية الشائعة للعقار موافقة أغلبية الشركاء على تخصيص المنقول لمنفعة العقار واستغلاله أو على الأقل عدم معارضتهم » .

وبالتطبيق لما تقدم إذا اقتسم الشركاء الشىء الشائع قسمة مهاياة اى قسمة إنتفاع ، فإن أجازوا لكل منهم أن يحوز جزءاً مفروزاً ليستعمله ، كانت المنقولات التى يخصصها كل منهم لخدمة ما يحوز من العقار عقارات بالتخصيص . ومن باب أولى تعد عقارات بالتخصيص المنقولات التى تلحق لخدمة العقار بواسطة

الشركاء جميعًا أو بواسطة من لهم الحق فى إدارة العقار الشائع واستغلاله وهم أصحاب الأغلبية المطلقة للأنصبة فى العقار ، أو بموافقتهم أو على الأقل عدم معارضتهم .

وأخيراً يثور التساؤل عن المنقولات التى يضعها حائز العقار فيه رصداً على خدمة العقار واستغلاله ، هل تعد هذه المنقولات عقارات بالتخصيص برغم أن الحائز ليس مالكاً للعقار ؟

يرى فريق من الفقهاء أن « المشكلة هنا ظاهرية فحسب ، ذلك أنه فى علاقة الحائز بالمالك الحقيقى للعقار ، لا شك فى أن منقولات الحائز لا تعتبر عقارات بالتخصيص ، إذ لا يستطيع مالك العقار إلا أن يسترد عقاره وحده ، ولا يستطيع الحائز أن يلزمه بتسلم تلك المنقولات التى الحقها بالعقار مقابل دفع قيمتها . أما بالنسبة للغير ، فمادام الحائز ظاهراً بمظهر المالك ، فهو المالك ، وأن الحيازة قرينة على الملكية ، ولذلك تعتبر المنقولات التى خصصها لخدمة العقار عقارات بالتخصيص . وليس فى ذلك أى إستثناء من مبدأ وجوب إتحاد المالك ، بل هو مجرد تطبيق له » .

وقد انتقد البعض الرأى المتقدم بالانتقادات الآتية :

« **أولاً** : أن هذا الرأى يخالف صريح نص المادة ٢/٨٢ مدنى مصرى التى تشترط صراحة لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص أن يوضع المنقول فى عقار يملكه .

وإذا كانت الحيازة قرينة على الملكية إلا أنها ليست بالملكية وبالتالى يجوز لمن يضار من اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص أن يدعى بأن العقار ليس مملوكًا للشخص وإنما هو فى حوزته فقط .

ثانيًا : نظام العقارات بالتخصيص نظام استثنائى فالمادة ٢/٨٢ مدنى مصرى واضحة فى أنها تقرر إستثناء على القاعدة العامة فى تعريف العقار بطبيعته (ومع ذلك يعتبر) ، ولما كان الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره ، فيجب تفسير المادة ٢/٨٢ مدنى مصرى تفسيراً ضيقاً وحرفياً دون أدنى توسع .

ثالثًا : القول باعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص فى هذه الحالة يترتب عليه الاضرار بدائنى الحائز فهم لا يستطيعون إتباع اجراءات التنفيذ على المنقول لأنه

يكتسب صفة العقار بالتخصيص ولا يمكن الحجز عليه إلا تبعاً لاجراءات الحجز على العقار . فهل يستطيعون إتخاذ اجراءات الحجز على العقار ؟ الفرض أن العقار ليس مملوكاً لمالك المنقول فهو يحوزه فقط وبالتالى فإن الحجز على العقار لدين على الحائز يعتبر باطلاً .

وبالتالى ينقلب نظام العقارات بالتخصيص إلى وسيلة يخرج بها الحائز منقولاته من الضمان العام لدائنيه » .

وينتهى هذا البعض - بعد هذه الانتقادات - إلى القول بأن المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يحوزه فقط دون أن يملكه لا يمكن أن يكتسب صفة العقار بالتخصيص سواء بالنسبة لعلاقة الحائز بالملاك الحقيقى أو بالنسبة لعلاقة الحائز بالغير .

الواقع أنه إذا كان المشرع يضع قاعدة مفادها أن الحيازة قرينة على الملكية ، فإنه من الواجب أن يستخلص من هذه القرينة قرينة أخرى وهى أن من يضع منقولاً فى عقار يحوزه لخدمته ، فإن معنى ذلك أنه مالك لهذا المنقول وذلك العقار وبالتالى فيتحقق شرط اتحاد المالك ، وهذا يكفى لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص. ولا ضير فى ذلك لا على المالك الحقيقى للعقار ولا على دائنى الحائز، فمن الثابت أنه إذا استرد المالك العقار ، استرد العقار وحده وبقيت المنقولات المخصصة لخدمته بواسطة الحائز ملكاً لهذا الحائز . أما دائنو الحائز ، فلا يمكن القول بالزامهم بالتنفيذ على المنقولات المعتبرة عقاراً بالتخصيص مع التنفيذ على العقار نفسه ، إذا كانوا يعلمون أن العقار الذى يحوزه مدينهم غير مملوك له ، لأنهم فى هذه الحالة يتعرضون لبطلان كل الاجراءات التى يقومون بها. فلهم أن ينفذوا على المنقولات المملوكة للمدين دون التنفيذ على العقار . وعلى أى حال فإنه لما كانت الحيازة تقوم قرينة على ثبوت الملكية للحائز ، فإن من يريد استبعاد وصف العقار بالتخصيص عن المنقولات التى يملكها الحائز ، عليه أن يثبت عدم ملكية الحائز للعقار ، فتنتفى هذه القرينة ، وتنتفى بالتالى قرينة وحدة المالك اللازمة لثبوت التخصيص .

(جـ) : أن يرصد المالك المنقول لخدمة العقار أو استغلاله :

ولتحقيق هذا الشرط يجب مراعاة الأحكام الآتية :

(١) يجب أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار واستغلاله قد تم بإرادة

المالك . والحكمة من ذلك أن الوحدة الاقتصادية التى ينشئها المالك بين العقاروالمنقول انما تهدف الى نفع العقار وحسن استغلاله والمالك فقط هو الذى يستطيع أن يقدر مدى منفعة المنقول ولزومه لاستغلال العقار . كما أن الغاية التى ترمى اليها نظرية العقار بالتخصيص وهى منع فصل المنقول عن العقار بغير ارادة المالك تفادياً لتعطيل الانتفاع بالعقار ، فذلك يفترض أن المالك هو الذى ألحق المنقول بالعقار .

وبناء على ذلك إذا وقع التخصيص من غير مالك ، فإن المنقول لا يكتسب وصف العقار بالتخصيص ، كما لو خصص مستأجر العقار منقولاً مملوكًا للمالك للعقار المؤجر دون علم المالك فلا يكتسب هذا المنقول وصف العقار برغم توافر شرط اتحاد المالك .

ولكن ليس بلازم أن يقع التخصيص دائماً من المالك شخصياً ، بل العبرة هى بكون التخصيص قد وقع بارادته . ولذلك إذا أناب المالك شخصًا عنه فى التخصيص ، فإن المنقول يكتسب وصف العقار بالتخصيص ، كما يصح التخصيص الذى يقع من الشخص الذى ينوب قانونًا عن المالك كالولى والوصى والقيّم .

(٢) أن يتحقق التخصيص فعلاً ، وذلك بأن يوضع المنقول فى العقار بالفعل، فإذا لم يتم هذا لم يكتسب المنقول وصف العقار ، ومعنى ذلك أنه لا يكفى أن تتحقق نية المالك فى رصد المنقولات لخدمة العقار واستغلاله لكى تعتبر تلك المنقولات عقارات بالتخصيص . فإذا اشترى شخص منقولات بقصد استخدامها فى خدمة العقار واستغلاله ، ولكنه لم يلحقها به فعلاً ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص .

ولكن لا يجب أن يُفهم من عبارة المادة ٢/٨٢ مدنى عندما قالت « المنقول الذى يضعه صاحبه فى العقار » أنها تقصد وضع الشىء وضعًا مادياً فى العقار ، وإنما الأدق والأصح هو الرصد على خدمة العقار واستغلاله . وقد يتحقق هذا الرصد دون أن يوضع المنقول وضعاً مادياً فى العقار . كما أنه ليس بلازم وضع المنقول فى العقار على وجه الاستمرار ، فالمواشى والأدوات المستعملة فى خدمة أرض مالكها تعتبر عقارات بالتخصيص ، ولو أن المالك يضع المواشى والأدوات فى فترة عدم العمل فى بيته أو فى مكان خاص بها . ومع ذلك فيرى البعض فى الحالة المتقدمة أن وصف العقار بالتخصيص لا يثبت لأدوات الزراعة التى يضعها الفلاح فى منزله

ويأخذها يومياً الى حقله وذلك لأنها لم توضع فى العقار ، لأن الحكمة من وضع المنقول فى العقار هو توفير نوع من العلانية والاشهار حتى يعلم الغير الذى يتعامل مع الشخص أن تلك المنقولات تخضع للنظام القانونى للعقارات .

ونشير أخيراً الى أن المذكرة الايضاحية للقانون المدنى تقول بأنه لا يشترط أن يكون المنقول لازماً أى ضرورياً لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ، ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك .

والواقع - وكما رأى البعض بحق - أنه يشترط أن يعود المنقول بالنفع على العقار . فلا يجوز أن تترك عملية التخصيص لمجرد هوى المالك ، فإن كان لا يشترط أن يكون المنقول ضرورياً لاستغلال العقار إلا أنه يجب أن يكون على الأقل نافعًا له . فمن يضع محراثاً فى منزله فإنه لا يمكن أن يكتسب وصف العقار بالتخصيص لأنه لا يعود بأى نفع على المنزل . فالمنفعة التي تعود على العقار من وضع المنقول فيه هى التى تبرر الربط بين مصيرهما حتى يحسن استغلال العقار من الناحية الاقتصادية خير استغلال . وتقدير ما إذا كان المنقول نافعاً لخدمة العقار واستغلاله تعد مسألة واقع تدخل فى تقدير قاضى الموضوع .

(٣) ويجب أن يرصد المنقول لخدمة العقار أو استغلاله ، لا لمصلحة المالك الشخصية . وبعبارة أخرى يجب أن يكون التخصيص عينياً لا شخصياً . أما المنقولات المعدة للاستعمال الشخصى للمالك فلا تعد عقارات بالتخصيص ، فتخصيص المنقول يجب أن يكون عينيًا أى لخدمة العقار وليس شخصيًا أى لخدمة المالك .

ولكن لا يشترط أن يخصص المنقول فقط لخدمة العقار حتى يكتسب صفة العقار بالتخصيص ، بل يجوز الى جانب ذلك أن يخصص لخدمة المالك . وبناء على ذلك فإن السيارة المخصصة لخدمة المصنع تعد عقاراً بالتخصيص حتى ولو استخدمها مالك المصنع فى تنقلاته الشخصية . فالمهم هو أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار هو الغالب وأن تكون خدمة المالك وجهاً من أوجه الاستعمال العارض للمنقول فلا يشترط أن يكون التخصيص مستغرقاً لاستعمال المنقول بل يكفى أن يكون غالباً .

ولكن ما هو المعيار الواجب الاتباع فى التفرقة بين التخصيص العينى والتخصيص الشخصى ، وبعبارة أخرى ما هو المعيار الذى يتحدد على أساسه معرفة ما إذا كان التخصيص لخدمة العقار أو لخدمة مالك العقار ؟

الواقع أن أمر التفرقة بين التخصيص العينى والتخصيص الشخصى تعد من أمور الواقع التى يترك تقديرها لقاضى الموضوع والذى عليه أن يسترشد فى ذلك الصدد بالمعيار التالى « إذا افترضنا أن مالك العين قد تركها فهل سوف يأخذ معه ذلك المنقول أم أنه سوف يتركه فى العين . فإذا كان سوف يتركه فى العين فذلك قرينة على أن المنقول مخصص لخدمة العين وليس لخدمة المالك الشخصية . أما إذا كان سوف يأخذ المنقول معه فذلك دليل على أن ذلك المنقول مخصص غالباً لخدمته شخصياً . فالمفروشات التى توجد فى المنزل لا تعتبر مخصصة لخدمة العقار بل مخصصة لخدمة مالكها لأنه لو انتقل فسوف يأخذها معه . على عكس الأرفف التى توجد فى المطبخ لوضع الأوانى عليها فإنه حسب العرف الجارى يتركها المالك فى المنزل وبالتالى تعتبر عقاراً بالتخصيص لأنها مخصصة لخدمة العقار » .

على اية حال فمتى كان المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله ، فإنه يكتسب وصف العقار بالتخصيص ، ويلاحظ انه توجد عدة انواع أو عدة صور للتخصيص .

أ- فهناك التخصيص اللازم للاستغلال الزراعى ، فجميع ما يستعمله مالك الأرض من أدوات ومواشى لاستغلال أرضه فى الزراعة يعتبر عقاراً بالتخصيص. ومن هذه حيوانات الحرث والجر والحمل ، وكذلك الماشية التى توضع فى الأرض بقصد تسميدها وذلك إذا كانت مملوكة لمالك الأرض . ويعد ايضاً من قبيل العقارات بالتخصيص جميع الآلات الزراعية اللازمة لزراعة الأرض والأسمدة والبذوروحمام الأبراج والسمك الذى يربى فى المستنقعات وخلايا تربية النحل بل يعتبر ايضاً عقاراً بالتخصيص دودة القز فى الأماكن المخصصة لتربية الحرير .

ولكن لا يعد عقاراً بالتخصيص الماشية التى يعدها المالك للبيع بعد تغذيتها من حاصلات الأرض ، ما لم تكن الأرض مما لا يمكن الاستفادة منها إلا بتربية المواشى ، وفى هذا تطبيق للمبدأ العام الذى يستوجب التخصيص العينى . وكذلك الشأن أيضاً بالنسبةللطيور التى توجد فى حظيرة الدواجن ، فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص طالما انها لا توجد بصدد حالة استغلال فى ذلك النطاق أى خاص بتربية الدواجن والطيور .

ب- وهناك أيضاً التخصيص اللازم للاستغلال الصناعى ، فيعتبر عقاراً بالتخصيص المنقولات التى توضع فى عقار وترصد لخدمته واستغلاله استغلالاً صناعيًا ، كالآلات الموضوعة فى المصنع والسيارات المخصصة لنقل البضائع وخدمة المصنع بصفة عامة . « ولكن يشترط أن يكون العقار المملوك للصانع والذى يزاول فيه مهنته ، قد أعد لمزاولة هذه المهنة ، حتى يمكن اعتبار الآلات والمهمات والأدوات التى يستخدمها مخصصة لاستغلال العقار ، وبالتالى لكى تعتبر عقارات بالتخصيص . فإذا لم يتوافر هذا الشرط ، بأن كان الصانع يزاول مهنته فى مسكنه المملوك له مثلاً ، كانت هذه الأدوات والمهمات مخصصة لخدمة مالك العقار شخصياً لاستغلال العقار وخدمته » .

جـ- أما التخصيص للاستغلال التجارى ، فيقضى باعتبار كل المنقولات التى تخصص لهذا الاستغلال عقارات بالتخصيص ، ومثالها الأرفف والمناضد والمقاعد الموجودة فى المحال التجارية ، وكذلك السيارات التى توصل المبيعات الى العملاء .

د- وقد يكون التخصيص للاستغلال المدنى بصفة عامة ، فنص المادة ٢/٨٢ مدنى صريح فى أن العقار بالتخصيص قد يكون مرصوداً لمجرد « خدمة » العقار أو « بوجه أعم لخدمة العقار التى تكون هذه الأشياء من متمماته » . وعلى ذلك تعد المفاتيح وأجهزة الاضاءة الموضوعة فى المبنى عقارات بالتخصيص . وكذلك المفروشات إذا كانت موضوعة فى شقة مخصصة للإيجار مفروشة .ويعتبر كذلك عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يوضع فى العقار لتزيينه أو لخدمته بصفة عامة . كالتماثيل غير الثابتة التى توضع على قواعد معدة لذلك عند مدخل السلم أو فى أرجاء الحديقة . كما أن الأدوات الموضوعة فى بناء اعد لكى يكون مدرسة والتى تتصل بالتدريس ، والموضوعة فى العقارات المعدة للعبادة التى تتصل بأداء العبادات ، تعتبر عقارات بالتخصيص ، إذا اتحد المالك ، رغم انعدام فكرة الاستغلال الاقتصادى .

(٤) ويشترط أن يكون التخصيص مستمراً ، ويقصد بذلك الا يكون التخصيص عرضياً . ولكن لا يشترط أن يكون هذا التخصيص دائماً بل يكفى الا يكون عارضاً . وعلى ذلك إذا فصل المنقول مؤقتاً عن العقار فإن المنقول لا يفقد صفته كعقار بالتخصيص ، فمن يعير ماشيته وأدواته الزراعية لجاره مدة قصيرة فإنها لا تفقد صفتها كعقار بالتخصيص . وكذلك فإن حسن الاستغلال قد يقتضى

أن تُعطى المواشى فى الحقول والآلات فى المصانع فترات راحة تستخدم أثنائها مواشى وأدوات أخرى دون أن تزول عن الأولى صفة العقار بالتخصيص .

أهم النتائج المترتبة على اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص :

إذا ما توافرت الشروط السابقة أمكن اعتبار المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص ، ولكن ليس معنى ذلك الاعتبار ، أن يتساوى العقار بالتخصيص مع العقار بطبيعته مساواة تامة فى الأحكام القانونية ، حيث يجب ألا ننسى أن فكرة العقار بالتخصيص إنما هى محض افتراض مجازى ، ويجب أن يقتصر الافتراض القانونى على الحدود التى تحقق الغاية من ورائه . ولذلك يجب أن يظل هذا التشابه محصوراً فى الغاية والهدف التى من اجلها قرر المشرع نظام العقارات بالتخصيص فما هى تلك النتائج التى تترتب على اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص وتحقق هدف المشرع من ذلك ؟

(١) أول هذه الآثار انه عندما يصير المنقول عقاراً بالتخصيص ، فلا يجوز الحجز عليه منفصلاً عن العقار ، فهو يأخذ حكم الحجز على العقار ، فلا يجوز الحجز عليه حجز منقول . والحجز على العقار الأصلى يشمل فى ذات الوقت الحجز على العقار بالتخصيص ، فالعقار بالتخصيص يصبح جزءاً لا يتجزأ من العقار الأصلى .

(٢) يشمل رهن العقار الأصلى رهن العقار بالتخصيص أيضًا ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٠٢٦ مدنى حيث تقرر هذه المادة أن الرهن يشمل ملحقات العقار المرهون والعقارات بالتخصيص .

(٣) أن بيع العقار الأصلى يشمل أيضاً بيع العقار بالتخصيص باعتباره جزءاً منه ، وكذلك الحال أيضاً فى الوصية والقسمة والمقايضة .

ولكن يجب أن يلاحظ أن تبعية العقارات بالتخصيص للعقار الأصلى فى الفروض السابقة انما ينبنى على ارادة المتعاقدين وقصد ذوى الشأن ، فالمالك له كامل الحرية فى أن يتصرف فى العقار بطبيعته وحده دون العقار بالتخصيص ، وله أن يتصرف فى العقارات بالتخصيص وحدها ، وله أن يتصرف فيهما معاً ، فالعقار بالتخصيص لا يتبع العقار الأصلى فى التصرف حيث يتضح أن ارادة المالك قصدت عدم دخول العقارات بالتخصيص فى موضوع التصرف . فمثلاً لو باع شخص فداناً من ضيعة يملكها ، فالغالب أن يبيعه منفرداً دون الماشية والأدوات

المعدة لخدمته . ولكن إذا باع الضيعة كوحدة استغلالية دخل فى البيع حتى العقارات بالتخصيص ، فالبيع هنا قد ورد على الضيعة كوحدة استغلالية ، أما فى غير هذه الحالة فلا يدخل العقار بالتخصيص فى التصرف الوارد على العقار » .

(٤) أن انتقال ملكية العقار بالتخصيص - مع العقار الأصلى - انما تخضع لرسوم التسجيل الواجبة على العقارات . فالعقار بالتخصيص هنا لا يعامل باعتباره منقولاً بل باعتباره عقاراً لحق بالعقار الأصلى ولذلك يخضع لذات قواعد التسجيل ورسومه .

ثانيًا : الفروق بين العقارات بالتخصيص والعقارات بالطبيعة :

(١) أن المنقول الذى يرصد لخدمة العقار واستغلاله ، فيصبح عقاراً بالتخصيص ، لا يفقد ذاتيته بل يظل محتفظاً بها . وذلك على خلاف المنقول الذى يندمج فى العقار فيصبح جزءاً منه وعقاراً بطبيعته حيث يفقد بالاندماج ذاتيته . وبناء على ذلك فإن الحقوق التى كانت للغير على المنقول الذى أصبح عقاراً بطبيعته تسقط لفقدان هذا المنقول لذاتيته . وعلى ذلك إذا بنى شخص بأدوات مملوكة للغير واستحال نزعها من البناء لم يكن له الحق فى استردادها ، ويتملكها صاحب الأرض مع دفع قيمتها والتعويض ان كان له مقتضى . وأيضاً إذا اشترى شخص منقولاً لم يدفع ثمنه ثم جعله عقاراً بطبيعته بأن أدمجه مثلاً فى بناء ، فإن بائع المنقول يفقد حقه فى الامتياز ،

ولكن بالنسبة للعقارات بالتخصيص ، فهى تظل محتفظة بذاتيتها ، ولذلك فحقوق الغير عليها تظل قائمة ، وعلى ذلك فإن بائع المنقول الذى لم يستوفِ ثمنه يظل محتفظاً بامتيازه عليه رغم رصده على العقار وإكتسابه وصف العقار بالتخصيص .

(٢) رأينا أن المنقول لا يكتسب وصف العقار بالتخصيص إلا حيث ينظر اليه كتابع للعقار وكأحد ملحقاته . ولكن إذا نظر اليه منفصلاً عن العقار ، فهو منقول. وعلى ذلك فللمالك أن يتصرف فى العقار بالتخصيص ، وعندئذ يكون تصرفه وارداً على منقول .

وعلى ذلك إذا شمل الرهن العقارات بالتخصيص ثم قام الراهن بفصلها

وبيعها الى مشترى ، فإذا كان المشترى حسن النية فإنه يملك العقار بالتخصيص الذى أصبح منقولاً طبقاً لقاعدة الحيازة ، على أنه يجوز للدائن المرتهن الحجز على ثمن هذا المنقول تحت يد المشترى إذا لم يكن الأخير قد وفاه بعد ويتقدم الدائن بحقه على هذا الثمن . أما إذا تم بيع العقار بالتخصيص ولم يتم تسليمه الى المشترى فإنه يظل مرهوناً مع العقار حتى ولو كان المشترى حسن النية، ويمكن للدائن أن يعارض فى تسليم العقار بالتخصيص لهذا المشترى .

أما العقار بطبيعته فهو يكتسب صفته استقلالاً بحكم طبيعة الأشياء ،ولذلك فإن التصرف فيه لا يمكن إلا أن يكون تصرفاً فى عقار . فالبناء يعتبر عقاراً دائماً سواء وقع التصرف فيه مع الأرض أو مستقلاً عنها .

(٣) أن المنقول لا يكون له وصف العقار بالتخصيص إلا إذا تم وضعه فى العقار بواسطة المالك نفسه وبشرط اتحاد مالك المنقول والعقار . أما المنقول الذى يندمج فى عقار فيصير عقاراً بالطبيعة ، فهو يكتسب هذا الوصف – العقار بالطبيعة – سواء تم الاندماج بواسطة مالك العقار ذاته أم شخص آخر كالمستأجر أو المنتفع أو الحائز ، وسواء كان المنقول مملوكًا لصاحب العقار أم مملوكاً لغيره ، وقد سبق بيان ذلك .

(٤) أن جريمة السرقة – وهى اختلاس منقول مملوك للغير – من المتصور ورودها على العقارات بالتخصيص دون العقارات بالطبيعة .

ثالثاً : زوال وصف العقار بالتخصيص عن المنقول بطبيعته :

يلاحظ أن اعتبار المنقول المخصص لخدمة العقار واستغلاله ، عقاراً بالطبيعة، ليس من النظام العام ، وبالتالى يمكن أن يعود للعقار بالتخصيص وصفه الأول ، اى يعود منقولاً ، ولا يتم ذلك إلا بارادة المالك ، فطالما كان التخصيص بارادته ، فإن انتهاء التخصيص يتم ايضاً بهذه الإرادة .

فإذا حدث ورصد المالك بعض المنقولات لخدمة العقار المؤجر ، ثم أوقف المستاجر تخصيص تلك المنقولات لخدمة العقار أو استغلاله ، فإن ذلك لا يكفى لكى تزول عنها صفة العقارات بالتخصيص . وبالتالى لا يجوز لدائنى المؤجر الحجز عليها حجز منقول منفصلة عن العقار الأصلى . ‹ غير انه يجب أن يلاحظ

فى هذا الصدد اثر تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، وهى كثيراً ما تعطل فى العمل تطبيق القواعد القانونية الأخرى : فإذا باع المستأجر المنقولات ، التى كان المالك قد رصدها على خدمة العقار أو استغلاله ، الى مشترٍ حسن النية وتم التسليم ، فإن للمشترى أن يستند الى قاعدة الحيازة فى المنقول ، فيمتلكها على هذا الأساس وتزول عنها صفة العقار بالتخصيص ؛ .

وللمالك ايضًا ان ينزل عن الحماية التى قررها المشرع للمنقولات التى اصبحت عقارات بالتخصيص ، طالما كان هذا النزول غير ضار بمصالح وحقوق الغير . فيجوز لهذا المالك أن يقبل الحجز على المنقول منفصلاً عن العقار الملحق به، وعندئذ يحجز عليه ويباع طبقًا لاجراءات الحجز على المنقول وذلك ما لم يتعلق به حق للغير فى اعتباره عقاراً ، كما لو تعلق به حق الدائن المرتهن للعقار .

وايضًا إذا لم يعد المنقول مملوكاً لذات مالك العقار ، زالت عنه صفة العقار بالتخصيص وصارمنقولاً .كما لو باع مالك الأرض المنقولات المخصصة لخدمتها ، دون الأرض او باع الأرض دون المنقولات . وكما إذا أوصى بالأرض لشخص وبالمنقولات لآخر .وهكذا ...

وكذلك الحال ايضًا إذا انتهى التخصيص بارادة المالك ، فلو أنهى المالك تخصيص المنقول لخدمة العقار وذلك بوقف الاستغلال التى كانت تلك المنقولات مخصصة له ، أو بوقف مالك الأرض زراعتها وتحويلها الى ارض بناء ، فإن الآلات الزراعية والماشية تعود الى وضعها الأول أى تعتبر منقولات ... وكذلك ايضاً إذا قام المالك بنقل العقارات بالتخصيص من العقار الأصلى واستعمالها فى اغراض أخرى وهكذا .

كما تزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص إذا زالت منفعته للعقار ، حيث ينتفى شرط التخصيص فى هذه الحالة . فلو استخدم المالك فى زراعة الأرض آلات ميكانيكية واستغنى بها عن الماشية ، زالت عن الأخيرةوصف العقارات بالتخصيص وغدت منقولة .

المطلب الثانى

المنقولات Les Meubles

تعريف :

الملاحظ أن القانون لم يعرف المنقول تعريفاً مباشراً كما فعل بالنسبة للعقار. ولقد كان بوسع القانون أن يُعرف كلاً من العقار والمنقول تعريفاً مباشراً ، ولكنه لم يشأ ذلك خشية قصور التعريف عن أن يشمل كل أفراد هذا وكل أفراد ذاك . وكان فى وسعه أيضاً أن يعرف المنقول وحده تعريفاً مباشراً ويترك تعريف العقار يستخلص ويستنتج بطريق الاستبعاد ، ولكنه لم يفعل ذلك أيضًا ، ولعل السبب فى ذلك أن المشرع مازال متأثراً بالأهمية التى تنسب للعقار دون المنقول .

ولذلك نجد المشرع قد اكتفى بتعريف العقار ، واعتبر كل ما عداه منقولاً ، وهذا واضح من نص المادة ٨٢ من القانون المدنى عندما قالت « كل شىء مستقر بحيّزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ،وكل ما عدا ذلك فهو منقول» .

فالمنقول meubles هو الشىء الذى يمكن أن ينقل من مكانه دون أن يعتريه خلل أو تلف ، سواء انتقل بذاته أو بقوة دافعة وهذا هو المنقول بطبيعته meuble par nature وبجانب هذه المنقولات المادية ، توجد المنقولات المعنوية meuble incorporels ، فنعرض لكلاً من هذين النوعين من المنقولات :

أولاً : المنقولات المادية أو المنقولات بالطبيعة :

وتلك هى الأشياء المادية التى ليست لها صفة الاستقرار بحيّز والثبات فيه ، بحيث يمكن نقلها منه دون تلف وذلك بشرط الا يكون صاحبها قد وضعها فى عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله . وهى لا تعد ولا تحصى ، كالحيوانات والبضائع والملابس والنقود والمواد الغذائية ...

ويعد من قبيل المنقولات المادية ، مواد البناد قبل أن تستخدم فى تشييد البناء وتستقر فيه وتنقلب الى عقار بالطبيعة . أما المواد التى تنزع مؤقتاً من البناء لأجل اصلاحها واعادتها اليه كالشبابيك والأبواب والميازيب والأحواض ... الخ فالراجح اعتبارها عقاراً بالتخصيص وتأخذ حكم العقار بالطبيعة لأنها لم تنزع إلا بصورة

مؤقتة لكى تصلح وتعاد فوراً الى مكانها .

وتعد السيارات والطائرات والسفن والمراكب على اختلاف أنواعها من قبيل المنقولات بالطبيعة . برغم أن المشرع يخضعها لنظام خاص من حيث انتقال الملكية واثباتها وذلك بالنظر الى أهميتها فى المجتمع . وقد أطلق عليها البعض اصطلاح المنقولات ذات الطبيعة الخاصة .

كما يعد من المنقولات بالطبيعة الأشياء الغازية ، كالغازات التى تستخدم فى المنازل والمصانع للتدفئة أو للإنارة . وكذلك الشأن فى الهواء السائل (الأوكسچين) وغيره من الأجسام المائعة (fluid) ، التى تجمع وتحفظ فى أوعية خاصة لاستخدامها فى شتى الأغراض . وأيضاً فإن التيار الكهربائى يعد منقولاً وتسرى عليه أحكام المنقول (المدنية والجزائية) .

ويلاحظ أن المنقول لا يفقد صفته هذه لمجرد أنه قد أعد للبقاء فى مكان معيّن لا يتحرك منه ، طالما كان فى الامكان أن ينقل من مكان الى آخر دون تلف ، ومن ذلك العوامات المخصصة للسكن .

كما يلاحظ ايضاً أن الشئ الثابت لا يصير منقولاً بتخصيصه لاستغلال منقول . « اى أنه لا توجد نظرية للمنقول بالتخصيص تقابل نظرية العقار بالتخصيص . ومن ناحية أخرى ، فإنه نتيجة للأهمية الاقتصادية التى لا زال معترفاً بها للعقار فى القوانين الحديثة لا يعتبر العقار تابعاً للمنقول . وهذا هو السبب فى أن الرأى قد استقر على اخراج العقار الذى يباشر فيه التاجر تجارته من تكوين المحل التجارى ، فالمحل التجارى لا يشمل إلا عناصر منقولة ، ولا يجوز القول أن العقار يصير منقولاً بتخصيصه لاستغلال المحل التجارى » .

ثانياً : المنقولات المعنوية :

الأصل أن الأشياء المعنوية التى لا تقع تحت الحس لا تدخل بطبيعتها لا فى المنقولات ولا فى العقارات ، وذلك لأن قابلية الشىء للنقل أو عدمها تفترض وقوعه تحت الحس . غير أن المشرع قد اعتبر كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون صالحًا لأن يكون محلاً للحقوق المالية . ثم عرف الأشياء العقارية واعتبر ما عداها منقولاً ، ولذلك وجب اعتبار الأشياء غير المادية منقولات لا لأنها يمكن نقلها من حيّزها دون تلف بل لمجرد انها تصلح ان تكون محلاً للحقوق المالية وأنها ليست عقاراً .

والمنقولات المعنوية من الواضح أنها ليست منقولات بطبيعتها انما هى منقولات حكمية أو بحكم القانون Meubles pa la détermination de la loi .

ومن أمثلة المنقولات المعنوية ، الأفكار والمخترعات والأسماء والعلامات والبيانات التجارية التى يكون عليها لأصحابها حق المؤلف أو حق الملكية الصناعية أو التجارية .

المطلب الثالث

تقسيم الأموال الى أموال عقارية وأموال منقولة

تمهيـد :

رأينا أن العقار هو الشيء الثابت المستقر فى حيّزه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف . والتزام هذا التعريف لا بد وأن يخرج من نطاقه ومن نطاق المنقولات جميع الحقوق ، فالحق هو أمر معنوى لا يدركه الحس وإنما يدرك بالفكر والتصور، فالحق ليس له حيّز مادى حتى يمكن أن يقال أنه مستقر فيه . فالحق لا يمكن أن يكون عقاراً حتى ولو كان هذا الحق حق ملكية .

الحق إذن سواء اكان محله شيئاً مادياً او معنوياً ، فهو يعتبر منقولاً معنوياً . ولكن ما هو السبب الذى دفع المشرع الى تقسيم هذه الحقوق الى عقارية ومنقولة؟

الواقع أن المشرع قد تأثر فى ذلك بتقاليد القانون الفرنسى القديم الذى كان لا يتقيّد فى التقسيم الى عقار او منقول بطبيعة الشيء بل بقيمته وأهميته . فكل ما هو قيّم يعتبر عقاراً وكل ما هو دونه يعتبر منقولاً ، ولذلك فالمشرع الفرنسى أراد أن يشمل التقسيم الى عقار ومنقول ، الحقوق أيضاً الى جانب الأشياء .

أما المعيار الذى اتخذه المشرع لدينا للتفرقة بين الحقوق العقارية والحقوق المنقولة ، فهو معيار لا يرجع الى طبيعة الحق ذاته وانما يرجع الى موضعه ومحله ، فإذا ورد الحق على عقار كان بدوره عقاراً ، وإذا ورد على منقول فهو حق منقول .

فقد قضت المادة ١/٨٢ مدنى بأن « يعتبر مالاً عقارياً ، كل حق عينى يرد على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار» . وتقضى الفقرة الثانية من ذات المادة بأن « يعتبر مالاً منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية » .

فنعرض أولاً للحقوق والدعاوى العقارية ثم الحقوق والدعاوى المنقولة ، وأخيراً لأهمية التفرقة بينهما.

أولاً : الحقوق والدعاوى العقارية :

فتعتبر أموالاً عقارية :

(١) حق الملكية الوارد على عقار ، سواء كان العقار عقاراً بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص .

(٢) الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، وهى حقوق عينية أصلية ، إذا كان محلها عقاراً ، ويشتمل ذلك :

أ- حق الانتفاع وحق الاستعمال الواردين على عقار .

ب- حق السكنى وهو لايرد إلا على عقار .

جـ - حقوق الإرتفاق كحق المرور وحق المطل وحق سيل المياه ،وهى أيضاً لا ترد إلا على عقار .

(٣) الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار ، وتشمل حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وهما لايردان إلا على عقار ، وكذلك حق الرهن الحيازى وحق الامتياز وهما يردا على عقار أو على منقول فلا يعتبران مالاً عقارياً إلا عند ورودهما على عقار .

(٤) الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية المتقدمة تعد أموالاً عقارية ، « ويلاحظ أنه لا يجوز أن يفهم أن الدعوى تعتبر مالاً ، فالمال هو كل ذى قيمة مالية ، أما الدعوى فهى أساساً وسيلة لحماية الحق » .

ومن أمثلة الدعاوى العقارية ، دعوى استحقاق العقار ، ودعوى تقرير الارتفاق أو حق الانتفاع على العقار ، ودعوى نفى تحمل العقار بحق الارتفاق أو حق الانتفاع ، ودعوى الرهن الرسمى .

ثانيًا : الحقوق والدعاوى المنقولة :

تعتبر أموالاً منقولة :

(١) جميع الحقوق العينية الواردة على منقول ، سواء كانت حقوق ملكية أو حقوقاً عينية أصلية أخرى أو حقوقاً عينية تبعية .

(٢) جميع الحقوق الذهنية وهى التى يكون محلها شىء غير مادى كحقوق

المؤلف وحقوق الملكية الصناعية والحق فى الاسم التجارى . وحق المساهم فى شركات المساهمة ، وكذلك الايرادات المرتبة الدائمة أو لمدى الحياة .

(٣) جميع الحقوق الشخصية سواء أكان محلها اعطاء شيء ، عقاراً كان ذلك الشيء أو منقولاً ، أم كان محلها القيام بعمل ولو كان هذا العمل اقامة بناء ، أم كان امتناعاً عن عمل ولو كان ذلك الامتناع امتناعاً عن التعرض للدائن فى انتفاعه بالعقار .

ومن أمثلة ذلك أيضاً حق مشترى العقار قبل تسجيل عقده ، فلا يكون سوى حق شخصى يتمكن المشترى بمقتضاه من الزام البائع بنقل ملكية العقار اليه ، فيعد مالاً منقولاً لأن محله المباشر هو عمل المدين ، كما أن ملكية العقار ليست سوى محلاً غير مباشر لهذا الحق الشخصى .

ومن ذلك أيضاً حق مشترى العقار أو مستأجره فى الزام البائع أو المؤجر تسليمه الشيء المباع أو المؤجر ، وأيضًا حق كل منهما فى الزام البائع أو المؤجر بضمان الانتفاع بالعين المبيعة أو المؤجرة .

(٤) ويعد مالاً منقولاً كل الدعاوى المتعلقة بمال منقول أو تلك التى لا تستند الى حقوق عينية عقارية .

أهمية التفرقة بين الأموال العقارية والأموال المنقولة :

تترتب على التفرقة بين الحقوق (أو الأموال) العقارية والحقوق المنقولة عدة نتائج ، نذكرمنها :

(١) من حيث الاختصاص القضائى ، جعل القانون الاختصاص فى الدعاوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً فى دوائر محاكم متعددة . أما الدعاوى المتعلقة بأموال منقولة فيكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه وقد سبق بيان ذلك .

(٢) من حيث اجراءات التنفيذ ، فرّق القانون بين حجز الأموال المنقولة وبيعها ، وبين التنفيذ على الأموال العقارية وبيعها ، وقد تعرضنا لذلك أيا فيما تقدم .

(٣) من حيث الشفعة ، فهى جائزة فى بيع بعض الأموال العقارية كحقوق الملكية العقارية وحقوق الانتفاع الواردة على عقار ، ولا تجوز فى بيع الأموال المنقولة .

(٤) من حيث شهر التصرفات ، فقد أوجبه القانون بالنسبة الى التصرفات التى يترتب عليها انشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق عينى عقارى . أما التصرفات التى لا يترتب عليها سوى نشوء أو نقل أو انقضاء حق عينى على منقول أو حق شخصى - ولو كان محله غير المباشر عقاراً - أو حق ادبى ، فلا يجب شهرها .

« ولكن يلاحظ أن القانون قد خرج على هذه القاعدة ، بأن أوجب شهر بعض المحررات المتعلقة بحقوق أو بدعاوى مما لا يعتبر أموالاً عقارية كعقود ايجار العقار لمدة تجاوز تسع سنوات ، والمخالصات بأجرة معجلة عن مدة تجاوز ثلاث سنوات ، ودعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، مع أن العقود التى تستند اليها هذه الدعاوى لا يترتب عليها سوى حقوق والتزامات شخصية ، ودعاوى الفسخ أو البطلان أو الرجوع إذا كان محل العقد موضوع الدعوى عقار مع أن هذه الدعاوى لا تستند الى حقوق عينية عقارية » .

الفرع الخامس

الأشياء المخصصة للمنفعة العامة والأشياء المخصصة للمنفعة الخاصة

تعريف :

الأشياء المخصصة للمنفعة الخاصة هى تلك الأشياء التى يملكها أو يحوزها الأشخاص العاديين سواء اكانوا اشخاصاً طبيعيين أم اشخاصاً معنوية تابعة للقانون الخاص ، أو الأشخاص المعنوية العامة باعتبارها أشخاصًا عادية لا باعتبارها صاحبة سلطة عامة .

أما الأشياء المخصصة للمنفعة العامة فهى التى لا يجوز أن يختص بمنفعتها أحد ، بل تختص بها الأشخاص المعنوية العامة لتستخدمها فى اداء وظائفها العامة أو لتخصيصها لمنفعة الجمهور أو لمرفق ذى منفعة عامة كالشوارع والميادين العامة والمبانى المخصصة لدواوين الحكومة وللمنشآت ذات المنفعة العامة .

« وتلحق بالأشياء المخصصة للمنفعة العامة حقوق تقتضى المصلحة العامة تقريرها للأشخاص المعنوية العامة - باعتبارها مالكة هذه الأشياء - على أشياء مملوكة للأفراد ، وهى حقوق الارتفاق المدنية أو الادارية المقررة لمصلحة شئ من الأشياء المخصصة للمنفعة العامة على الأشياء المجاورة له كحق المرور وحق المطل وحق أخذ الأتربة لتقوية الجسور من الأراضى المجاورة لها وقيود البناء المفروضة

على أصحاب العقارات الكائنة على حافة خط التنظيم والقيود التى يقتضيها جوار المنشآت العسكرية . وهذه الحقوق تعتبر أموالاً عامة بكل معنى الكلمة » .

وقد عرفت المادة ٨٧ من القانون المدنى الأموال العامة بأنها « العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص » .

ويتبيّن من هذا النص انه يشترط لاعتبار المال مالاً عاماً :

(١) أن يكون المال مملوكاً للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة .

(٢) أن يكون هذا المال مخصصاً لمنفعة عامة .

فكل أموال الدولة وأموال الأشخاص المعنوية العامة المخصصة لمنفعة عامة تعد أموالاً عامة ، وهى ما يطلق عليه اصطلاح الدومين العام domaine public . أما أموال هؤلاء الأشخاص غير المخصصة للمنفعة العامة كالأراضى الفضاء أو الأراضى الزراعية أو البور التى تملكها الدولة فلا يختلف حكمها عن حكم أموال الأفراد ، فتعد من الأموال الخاصة وتأخذ حكمها ، ويطلق على هذه الأموال اصطلاح الدومين الخاص domaine privé .

ويراعى أن تخصيص الشىء للمنفعة العامة انما يكون بالفعل أو بمقتضى قانون (أو قرار جمهورى) أو قرار من الوزير المختص . فإذا أرادت الدولة أن تخصص للمنفعة العامة أرضًا أو بناء مملوكًا لها ملكية خاصة ، يكتفى منها تخصيصه لذلك بالفعل ، كما إذا شقت شارعاً أو مصرفاً عمومياً فى أرض مملوكة لها . أما إذا كانت الأرض مملوكة للأفراد فلا يكون تخصيصها إلا بقانون أو قرار جمهورى يصدر بنزع ملكيتها للمنفعة العامة وفقاً لقانون نزع الملكية .

والأموال العامة قد تكون عقارات أو منقولات . ومثال العقارات الشوارع والميادين والترع والجسور والحصون والقلاع والمبانى المخصصة لإدارات الحكومة والمدارس والمستشفيات الخ ...ومثال المنقولات ، الآثار الموجودة فى المناطق والأثاث والأدوات التى تستخدم فى إدارات الحكومة ونقود الخزانة العامة .

أهمية التفرقة بين الأموال الخاصة والأموال العامة :

الأموال الخاصة ، سواء كانت مملوكة للأفراد أم للدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة تخضع لنظام الملكية الفردية الخاصة من حيث جواز إستعمالها

والانتفاع بها والتصرف فيها بشتى أنواع التصرفات المادية والقانونية ، فيجوز لصاحبها بيعها أو استهلاكها ، كما يجوز لدائنيه التنفيذ عليها ،كما تخضع لنظام التقادم المكسب .

أما الأموال العامة فهى على العكس ، حيث طالما انها مخصصة للمنفعة العامة، فلا يجود بيعها او الحجز عليها ، ولا يجوز للغير أن يكسبها بمقتضى قواعد التقادم مادامت معتبرة من الأموال العامة . أما إذا انتهى تخصيصها للمنفعة العامة ، تحولت الى أموال خاصة وخضعت للنظام القانونى لهذه الأموال .

ويمكن تحويل المال العام الى مال خاص إما بقانون أو بقرار جمهورى أو بقرارمن الوزير المختص ، وإما بوقف استعمال الشيء فى الغرض الذى كان من اجله مخصصاً للمنفعة العامة ، « كالمدافن - إذا أبطل الدفن فيها منذ زمن طويل ، وكالأدوات القديمة التى يستغنى عنها فى إدارة المصالح العامة» .

فتقضى المادة ٨٨ من القانون المدنى بأن « تفقد الأموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » .

الفرع السادس

الأشياء القابلة للقسمة والأشياء غير القابلة للقسمة

الأشياء القابلة للقسمة Choses divisibles هى تلك الأشياء التى يمكن ان تجزأ أو تقسّم الى أجزاء أو اقسام مع احتفاظ كل جزء أو قسم بخصائص وجوهر الشيء المجزأ او المقسوم وبقيمة تتناسب مع قيمة ذلك الشيء .

أما الأشياء غير القابلة للقسمة Choses indivisibles فهى تلك الأشياء التى إذا جزئت أو قسّمت فلايكون لكل جزء أو قسم منها ذات خصائص وجوهر الشيء الأصلى ولا يكون لكل منها ذات خصائص وجوهر الشيء الأصلى ولا يكون لكل منها قيمة تتناسب مع قيمة الشيء المقسوم .

« وكون الشيء يقبل أو لا يقبل القسمة المعيار فيه اجتماعى اقتصادى ، ثم هو فوق ذلك أمر نسبى . فمثلاً يعتبر قابلاً للقسمة شريط من الحديد إذ انه إذا جزئ احتفظ كل جزء منها بنفس جوهر الشيء الأصلى وبقيمة تتناسب فى حدود

كمه مع قيمة ذلك الشىء ، وعلى العكس من ذلك لا يكون قابلاً للقسمة الحيوان الحى . صحيح أنه إذا جزئ الحيوان الحى فسيكون لكل جزء فى حدود مقداره نفس قيمة الشىء الأصلى ، إلا أنه من ناحية أخرى لن يكون لكل جزء منه نفس جوهر الشىء الأصلى ضرورة أنه أصبح كمية من اللحم والعظم ، أعنى أن الأجزاء هنا أجزاء حيوان ميت ، وجوهر الموت غير جوهر الحياة . كذلك تعتبر قطعة الماس غير قابلة للقسمة ، صحيح أنها إذا جزئت سيكون لكل جزء منها نفس جوهر الشىء الأصلى ، إلا أنه من ناحية أخرى لن يكون لكل جزء منها فى حدود مقداره نفس قيمة الشىء الأصلى . ويمكن تسمية أجزاء الشىء القابل للقسمة fractions فى حين تسمى أجزاء الشىء غير القابل للقسمة fragments .

ويضاف الى هذين النوعين من الأجزاء نوع ثالث هو أجزاء الشىء المركب chose-partie فيكون لكل جزء من هذه الأجزاء جوهر مختلف عن جوهر الشىء الكل chose -tout وقيمة لا تساوى فى حدود مقدارها قيمة ذلك الشىء ، فالبيت مكوّن من عدة أشياء أبواب وشبابيك وحوائط ، كل شىء من هذه الأشياء له جوهر يختلف عن جوهر الشىء الكلى وقيمة لا تتناسب مع قيمة ذلك الشىء» .

الفرع السابع

الأشياء البسيطة والأشياء المركبة

يعد الشىء بسيطاً – من الناحية القانونية الفنية – إذا كان مكوناً من عدة أجزاء اتحدت مع بعضها اتحاداً يحول دون أن تنفصل هذه الأجزاء عنه ودون أن يفقد الشىء الكلى ذاتيته العملية والاقتصادية والقانونية .

أما الشىء المركب فهو يتكوّن من اضافة جملة أشياء مختلفة بعضها الى بعض ويمكن فى أى وقت فصلها عن الشىء الكلى فتسترد ذاتيتها الأولى ، ومثالها الباخرة والطائرة والمنزل والآلة .

ويحدد الفقه أهمية تقسيم الأشياء الى بسيطة ومركبة فى أن الشىء البسيط لا يتصور أن يتحمل إلا بحق ملكية واحدة فى حين أن الشىء المركب يمكن أن يتحمل فى نفس الوقت بعدة حقوق ملكية ، حق على الشىء الكلى وعدة حقوق على الأشياء والأجزاء المكونة لذلك الكل .

« وتنقسم الأشياء المركبة الى قسمين : اشياء مركبة تركيباً حقيقياً وهى التى

تتركب من أشياء يتصل بعضها ببعض اتصالاً مادياً أو آليّا Compositae excohaerentibus ومثاله الآلة والمنزل والسيارة والطائرة ، والى أشياء مركبة تركيباً تصويرياً وهى تتركب من أشياء منفصل بعضها عن بعض لا ترتبط فيما بينها إلا برباط تصورى يترتب عليه توحيد هذه الأجزاء فى كل واحد ، ومثالها قطيع الغنم ، مكتبة الكلية ، متحف . وهذا النوع الاخر من الأشياء المركبة يطلق عليه اسم مجموعة Universalité وهذه تنقسم بدورها الى مجموعة واقعية Universitatis facti ومجموعة قانونية Universitatis juris.

« أما المجموعة الواقعية فهى - وفقًا للرأى الغالب - مجموعة من الأشياء المادية ، مستقل بعضها عن بعض ، يوحد المالك ما بينها ابتغاء تخصيصهالغرض اقتصادى أو اجتماعى ، دون أن يعترف القانون بهذا التوحيد ، ومثالها قطيع الغنم، مكتبة الكلية ، المتحف ، المتجر fonde de commerce .

أما المجموعة القانونية فهى مجموعة من العلائق القانونية يوحد القانون ما بينها ومثالها التركة ، روكية التفليسة» .

« وأهم ما يترتب على نظرية المجموعة هو التوحيد بين أشياء منفصل بعضها عن بعض واعتبارها كائناً مستقلاً عن العناصر المكوّنة له . ولهذا التوحيد أهمية سواء من الناحية الاقتصادية أو من الناحية القانونية . فيترتب عليه من الناحية الاقتصادية أن فقد أحد عناصر هذه المجموعة لاينشأ عنه خسارة تساوى قيمة ذلك العنصر المفقود ، بل قد تربو على ذلك حتى لقد تصل الى حد ضياع كل قيمة المجموعة ، إذا كان العنصر المفقود بحسب تخصيصه أو وظيفته من الأهمية بححيث تضطرب لفقده منفعة سائر العناصر » .

« أما من الناحية القانونية فتظهر أهمية هذا التوحيد من وجه أن كل واقعة يترتب عليها تغيير فى التكوين المادى لهذه المجموعة لا أثر لها على المجموعة ، ذلك لأن المجموعة لها كيان مستقل عن العناصر المكونة لها ، ومن ثم لا يؤثر على المجموعة تغيير بعض عناصرها باستبعاده ، أو باضافة عناصر أخرى أو باستبدال عناصر جديدة بعناصر قديمة . فمثلاً فى عقد الإيجار يلتزم المستأجر بالمحافظة على الشىء المؤجر وأن يرده بنفس الحالة التى تلقاه بها ، أماإذا انصب الأيجار على مجموعة من الأشياء كمتجر كبير ، فللمستأجر أن يغيّر من العناصر المكونة لهذا المتجر ، فله أن يستبدل بالعناصر التى تلفت أو حصل التصرف فيها عناصر أخرى ، كذلك إذا انصب حق الانتفاع على قطيع من الغنم كان على المنتفع أن يرد

هذا القطيع عند انتهاء حق الانتفاع وله نتاج هذه الأغنام بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ » (م ٢/٩٩٢ مدنى) .

الفرع الثامن

الأشياء الحاضرة والأشياء المستقبلة

الشىء الحاضر هو ذلك الشىء الموجود وقت التعاقد فى ذمة من التزم به . والأصل أن يكون محل الحق شيئًا حاضراً ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون محل الحق شيئاً مستقبلاً .

« بل ان من الأشياء ما لا يمكن أن يكون إلا مستقبلاً ، وذلك عندما يكون تحقق ذلك الشىء منوطاً بالزمن . أليس أن الزمن ابتداء من الآن يعتبر امراً مستقبلاً ، فلا جرم يكون كل ما نيط به مستقبلاً مثله ، فالمنفعة أمر يمتد فى الزمان ولا يقاس إلا به . لذلك كانت أمراً مستقبلاً . ولنضرب لذلك مثلاً ايجار منزل لمدة سنة أو أقل أو اكثر . عندئذ يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمنزل فى خلال المدة المتفق عليها . ويكون التزام المؤجر ابتداء من يوم التعاقد عملاً مستقبلاً هو تقديم المنفعة ، ويكون حق المستأجر كذلك محله أمراً مستقبلاً. ومن ثم لا يستطيع المؤجر تنفيذ التزامه إلا بالتدريج على قدر مرور الزمن ، وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يطالب باستيفاء حقه إلا بالتدريج ، ضرورة أن الزمن لا يتحقق فى الوجود إلا بالتدريج ، وما يصدق على حق المستأجر يصدق على كل الحقوق التى تكون محالها أموراً تمتد فى الزمان ولا تقاس إلا بالزمان » .

والشىء المستقبل هو الشىء الذى لا وجود له فى وقت ما ، أو لا يكون موجوداً فى ذمة من يأمل الحصول عليه ، وإن كان موجوداً فى ذمة أخرى . ومعنى ذلك أن الاستقبال إما أن يكون مطلقاً كمنزل لم يبن بعد أو لوحة لم ترسم بعد ، وإما أن يكون نسبياً ، أى لا يوجد الشىء فى ذمة من يأمل الحصول عليه ولكنه موجود فى ذمة أخرى .

اما عن اهمية تقسيم الأشياء الى حاضرة ومستقبلة ، فإن الحق الذى يكون محله شيئا حاضراً ، يكون حقاً كاملاً . اما إذا كان محل الحق شيئاً مستقبلاً ، فإن الحق لا يكون كاملاً ، وإنما يكون حقاً فى سبيله الى الوجود أو مجرد أمل . «ولكنه مع ذلك لا يعتبر حقاً شرطياً لأن العنصر الناقص ليس عنصراً عرضياً ، وانما هو عنصر أصيل . لذلك إذا وجد ذلك العنصر فإن الحق يعتبر عندئذ موجوداً منذ وجود ذلك العنصر اى بدون اثر رجعى » .

الباب الثانى
أنواع الحقوق

تمهيد : التقسيمات المتعددة للحقوق :

عندما يتعرض الفقه لأنواع الحق ، يلجأ أولاً إلى اجراء تقسميات للحقوق تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها ، ونعرض فيما يلى لأهم هذه التقسميات تمهيداً لاختيار أصلحها ولنعرض لها بالبيان والتفصيل .

١- يذهب اتجاه أول إلى تقسيم الحقوق إلى « حقوق سياسية » droits politique و« حقوق مدنية » droits civils .

والحقوق السياسة هى تلك الحقوق التى تثبت للشخص بصفته عضواً فى جماعة سياسية فتخوله حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة . وهذه الحقوق السياسية هى حقوق مقصورة على أعضاء الجماعة أى المواطنين Citoyens دون الأجانب étrangers ، وتتميز هذه الحقوق بأنها أقرب إلى أن تكون وظائف مفروضة على المواطنين ، ولذلك ليس غريبًا إتجاه بعض القوانين إلى فرض الانتخاب اجبارياً على المواطنين .

أما الحقوق المدنية فيقصد بها ما يلزم ثبوته للأفراد فى ممارسة نشاطهم العادى فى المجتمع من حقوق غير ذات صبغة سياسية ، ويدخل فيها الحقوق أو الحريات العامة وهى الحقوق المقررة للانسان بصفته انساناً والملازمة لطبيعته الآدمية كحقه فى الحياة وفى الحرية بكافة مظاهرها ، كما يدخل فيها أيضاً حقوق الأسرة أو الحقوق العائلية وهى الحقوق الناشئة من روابط الأسرة ، كما يدخل فيها كذلك الحقوق المالية وهى التى تنشأ عن الروابط المالية والتى تتميز بأن لها طابعاً مالياً .

هذه الحقوق المدنية - وعلى خلاف الحقوق السياسية تثبت لكافة الأفراد بصرف النظر عن جنسيتهم ، أى سواء كانوا وطنيين أم أجانب ، فهى حقوق لازمة لمباشرة الانسان لنشاطه العادى فى الحياة الاجتماعية .

٢- ويذهب اتجاه أخر فى الفقه إلى تقسيم الحقوق ، إلى « حقوق عامة » (Droit public)و « حقوق خاصة »(Droit privés) . فالحقوق العامة هى تلك التى يحكمها القانون العام وذلك لتعلقها بحق السيادة فى المجتمع . أما الحقوق الخاصة

فيحكمها القانون الخاص فهى لا تتصل بمسائل السيادة وإنما تقوم بين الأشخاص العاديين .

ويلاحظ على هذا التقسيم انه يعد انعكاساً لتقسيم القانون الى عام وخاص ، فليس فيه من جديد .

(٣) ويذهب الفقه الغالب الى تقسيم الحقوق الى « حقوق مالية » droits pécuniares ou patrimoniaux و« حقوق غير مالية » droits extra - patrimoniaux .

فالحقوق المالية هى الحقوق ذات الطابع المالى أى التى تكون لها قيمة مالية ، وتتميز لهذا بأنها داخلة فى دائرة التعامل وهى المكونة للجانب الايجابى فى الذمة ، أما الحقوق غير المالية فهى حقوق لا تقوم بمال ، وهى لذلك لا تدخل فى دائرة التعامل ، وتشمل هذه الحقوق الحقوق السياسية والحقوق العامة وحقوق الأسرة .

ويأخذ بعض المؤيدين لهذا التقسيم بتقسيم مقارب ، فلديه أن الحقوق إما أن تكون حقوقاً مالية ، أو حقوقاً غير مالية . ولكن هناك طائفة ثالثة من الحقوق ذات طبيعة مزدوجة ، ففيها جانب مالى وجانب أخر غير مالى أو معنوى ، وتعنى هذه الحقوق ، تلك التى اصطلح على تسميتها بالحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية كحق المؤلف ، لذلك يقسم هذا الجانب من الفقه الحقوق إلى ثلاثة أقسام ، حقوق غير مالية ، وحقوق مالية ، وحقوق ذهنية أو معنوية .

ولكن يؤخذ على التقسيم التقليدى عدم دقته ، فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع أثاراً ، كحق البنوة يستتبع الإرث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة ، وذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية إنما يولد حقوقاً مالية بالتعويض .

تقسيم :

يذهب الفقه الغالب الى الأخذ بتقسيم للحقوق يقيمونه على أساس المحل ، لما له من أثر كبير فى تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسّمون الحقوق على أساس المحل الى : « حقوق الشخصية » Les droits de la personnalité و« الحقوق العينية» Les droits réels ، والحقوق الشخصية أوحقوق الدائنية « Les droits personnels ou de créance ، والحقوق الذهنية Les droits intellectuels . ويلاحظ على هذا التقسيم أنه قد تفادى عيوب التقسيم السابق عليه ، فحقوق الشخصية تعد من طائفة الحقوق غير المالية ، والحقوق العينية وحقوق الدائنية تعد من طائفة الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معاً فى نفس الوقت .

فنعرض الآن لهذه الأنواع من الحقوق .

الفصل الأول

حقوق الشخصية Droit de la personnalité

تعريف وتقسيم :

يقصد بحقوق الشخصية تلك الحقوق التى تستمد أصلها من الشخصية ، حيث تكفل هذه الحقوق للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطاً لا انفصام له ، أى قواه الجسدية والفكرية التى منحها له الخالق سبحانه وتعالى .

هذه الحقوق ليست بسلطات تتقرر للشخص على نفسه ويكون له بمقتضاها أنه يتصرف فى نفسه كيفما يشاء ، وانما هى حقوق موجهة الى الغير ويقصد منها الاعتراف بوجود هذا الشخص وبحماية هذا الوجود .

ولقد كان فلاسفة القانون الطبيعي يطلقون على هذه الحقوق اصطلاح الحقوق الطبيعية droits naturels أو الحقوق الثابتة فى الانسان droits innés . فمدرسة القانون الطبيعى ترى أن الانسان ، لمجرد كونه انساناً ، يولد بحقوق طبيعية ، وهو لم يقبل الخضوع لسلطان الدولة إلا لأنها ستحافظ له على تلك الحقوق ، وهو لم ينزل فى سبيل ذلك عن جزء منها إلا بالقدر الضرورى للمحافظة عليها .

بل لقد حرصت الجماعة الدولية على تأكيد هذه الحقوق الأساسية للانسان فى كثير من المواثيق الدولية . فبعد الحرب العظمى الثانية وما أسفرت عنه من اعتداءات بشعة على الحقوق الأساسية للانسان ، طالب الرأى العام العالمى بمعاقبة المسؤولين عن الجرائم التى وقعت على هذه الحقوق ، وبإيجاد الضمانات الكفيلة بحماية حقوق الانسان .

ولذلك ورد فى ديباجة ميثاق الأمم المتحدة أن شعوب هذه الأمم تؤكد ايمانها بالحقوق الأساسية للانسان وبكرامة الفرد . ونص فى مادته الأولى على أن تعمل هذه الهيئة على تعزيز احترام حقوق الانسان والحريات الأساسية للناس جميعاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ، وبلا تفريق بين الرجال والنساء .

وتنفيذاً لهذه النصوص شكل المجلس الاقتصادى والاجتماعى لجنة خاصة

هى « لجنة حقوق الانسان » ، عهد اليها بتدوين هذه الحقوق فى اعلان دولى ، واعداد مشروع لمعاهدة دولية لتطبيق حقوق الانسان .

وانتهت اعمال هذه اللجنة الى اصدار « الاعلان العالمى لحقوق الانسان » الذى اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى سنة ١٩٤٨ ، وذكر فيه أن الجمعية العامة تنادى بهذا الاعلان العالمى لحقوق الانسان كمثل أعلى مشترك يجب أن تصل اليه جميع الأمم والشعوب .

ونصت المادة الثانية من الاعلان بأن لكل فرد التمتع بهذه الحقوق والحريات بصرف النظرعن الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو الرأى السياسى أو الأصل الاجتماعى أو الوطن أو الثروة أو الميلاد أو اى وضع أخر دون أى تفرقة بين الرجال والنساء .

وقد عدد هذا الاعلان ما يعتبرمن حقوق الانسان ، فذكر الحق فى المساواة والحريات الفردية بجميع مظاهرها ،وأضاف اليها حقوقًا اقتصادية وثقافية واجتماعية كالحق فى العمل والتعليم وانشاء النقابات وفى الحصول على أجر عادل .

ويلاحظ أن الاعلان السابق لحقوق الانسان لا يعد ملزماً قانونًا وانما له فقط قيمة أدبية ، ولذلك وفى ١٦ من كانون الأول ١٩٦٦ وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة بالاجماع على اتفاقية خاصة بحقوق الانسان المدنية والسياسية وقضت هذه الاتفاقية بأن تتعهد كل دولة تصدق على تلك الاتفاقية بحماية شعبها عن طريق القانون ضد المعاملة القاسية أو غير الانسانية أو المهينة ، وان تعترف بحق كل انسان فى الحياة والحرية والأمن وفى حريته الشخصية .

ولقد حرص المشرع الدستورى المصرى - فى دساتيره المتعاقبة - على ايراد حقوق الشخصية فى صلب مواده . فالدستور الحالى (الصادر عام ١٩٧١) قد خصص الباب الثالث منه « للحريات والحقوق والواجبات العامة » .

ومما ورد فى هذا الباب من هذه الحقوق نذكر :

١- تقضى المادة ٤١ من الدستور بأن « الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس ...» .

٢- وتقضى المادة ٤٣ بانه « لا يجوز اجراء أية تجربة طبية أو علمية على اى انسان بغير رضائه الحر » .

٣- وتقضى المادة ٤٤ بأن « للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً لأحكام القانون » .

٤- وتقضى المادة ٤٥ بأن « لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون . وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة وسريتها مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون » .

٥- تقضى المادة ٤٧ بأن « حرية الرأى مكفولة ولكل انسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو بالكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون ....» .

٦- تقضى المادة ٥٠ بأنه « لا يجوز أن يحظر على أى مواطن الاقامة فى جهة معيّنة ولا أن يلزم بالاقامة فى مكان معيّن إلا فى الأحوال المبيّنة فى القانون » .

٧- وتقضى المادة ٥٧ بأن « كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء » .

هذا وقد حرص القانون المدنى الحالى على ايراد بعض حقوق الشخصية . فذكر فى المادة ٣٨ أن لكل شخص اسمًا ولقبًا ، وذكر فى المادة ٥١ أن لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض ، عما يكون قد لحق من ضرر. ونص فى المادة ٤٤ على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، كما نص فى المادة ٤٨ على أنه ليس لأحد النزول عن أهليته ، ولا التعديل فى أحكامها ، كذلك نص فى المادة ٤٩ على انه ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية . أما المادة ٥٠ فقد ذكرت صراحة حقوق الشخصية ونصت على حمايتها فقالت « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

والملاحظ انه بتقدم المدنية والفكر الانسانى وما تحدثه من اعلاء قيمة الانسان،

تزداد طوائف حقوق الشخصية وتضحى أكثر دقة وتحديداً . ولذلك يحق للأستاذ جيرك Gierke أن يقول أن طائفة حقوق الشخصية تزيد باستمرار وأنها لا تنفذ ، من أجل ذلك وجب الاقتصار على التقسيمات العامة التى تندرج تحتها هذه الحقوق.

هذا ولقد حاول البعض أن يجمع حقوق الشخصية فى طوائف الحقوق الآتية:

(١) حق الشخص فى تمييز ذاته .

(٢) حق الشخص فى سلامة كيانه البدنى .

(٣) حق الشخص فى سلامة كيانه الأدبى .

(٤) حق الشخص فى سلامة حرياته الشخصية .

(٥) حق الشخص فى سلامة كيانه الفكرى .

فنعرض لهذه الحقوق تباعاً فيما يلى ، ثم نختتم هذا العرض ببيان خصائص حقوق الشخصية .

المبحث الأول

حق الشخص فى تمييز ذاته

احالة :

لكل شخص الحق فى أن يتميّز عن غيره من الأشخاص ، ولن يتم ذلك إلا بحمله لاسم معيّن ، ولذلك يكون لكل شخص الحق فى أن يكون له اسم ، ويعد هذا الحق من حقوق الشخصية .

فالاسم يعد مظهراً من مظاهر الحياة الأدبية والمادية للشخص ، فى كل علاقاته العائلية والاجتماعية ، كما يعد الاسم علامة يتميّز بها الشخص فى حياته العامة والخاصة على السواء ، فهو عنصراً من عناصر شخصيته لا يجوز أن يشتبه بالأشياء أو أن يجعل محلاً للتعامل ، فهو علامة رمزية على المواهب الشخصية من ذكاء واستقامة وعلى مركز الشخص باعتباره مواطناً وباعتباره عضواً فى العائلة .

وبعبارة أخرى فإن الاسم ليس - إذن - مجرد وسيلة للتمييز ، ليس مجرد بطاقة etiquette ولا مجرد رقم قيد numero de matricule يوضع على الشخص

ليتميّز به عن غيره ، وهو ليس نظامًا اداريًا كما ذهب البعض ، إنما هو مظهر للحياة العامة والخاصة يتميّز به الشخص ، ويعتبر عنصراً فيه لا يجوز أن يشتبه بالأشياء ، ولا أن يصبح كهذه الأخيرة محلاً للتعامل .

ويترتب على ما تقدم انه لا بد وأن يكون لكل شخص اسم ، كما يجب الا يكون هذا الاسم مدعاة لتضرر الشخص نفسيًا أو أدبيًا . ولذلك استلزمت بعض الشرائع الا يكون الاسم بحيث يعرض صاحبه للسخرية ، أو يشكك فى أصله ، فحرمت أن يطلق على الشخص أسماء مضحكة ، أو مخلة بالحياء أو النظام العام ، أو الشعور الوطنى أو الدينى ، أو أن يطلق على من لا يعرف آباؤهم أسماء تدل على ذلك ، وأعطت للنيابة العامة فى مثل هذه الأحوال الحق فى العمل على تغيير هذه الأسماء . كما يترتب أيضًا على ما تقدم أن حق الانسان فى الاسم لا بد وأن يحميه القانون من أى منازعة فى استعماله بلا مبرر أو بانتحال الغير له بدون وجه حق .

ولما كنا قد تعرضنا لدراسة الاسم باعتباره من مميزات الشخصية ، فنحيل الى ما قلناه هناك .

المبحث الثانى

حق الشخص فى سلامة كيانه البدنى

مبدأ حماية الكيان البدنى للانسان :

ان حق الانسان فى الحياة هو حق مقرر منذ القدم ، ومن أجل مظاهر هذا الحق هو حق الانسان فى سلامة جسده .

وفى فهم مبدأ حماية جسم الانسان وجد فى الفكر القانونى مذهبين :

مذهب أول ويرى أن جسم الانسان أسمى من أن يقدر بمال ، وهذا هو مذهب القانون الرومانى فلقد ورد فى المدونة أن « لا يعتبر احداً مالكاً لجسمه او لأعضاء جسمه » فجسم الانسان اسمى من ان يقدر بمال وبالتالى فإن هذا الجسد لا يدخل فى دائرة المعاملات القانونية ولا يجوز أن يقوّم بمقابل نقدى .

اما المذهب الثانى فيرى أن سمو جسم الانسان لا يحول دون منع الاعتداء عليه وكفالة حمايته بأنجع الوسائل ، ولذلك ظهر مبدأ الحرمة المطلقة لجسم

الانسان الذى يقضى بعدم جواز المساس بتاتاً بجسم الانسان . وأما عن أساس هذا المبدأ فلقد تعددت الاتجاهات الفقهية فى هذا الصدد ، ولكننا نشير الى أرجح هذه الاتجاهات . فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى - وعلى رأسه الأستاذ بواستل Boistel الى المناداة بفكرة استقلال الشخص الطبيعى كأساس لمبدأ عدم جواز المساس بالشخص ، فكل شخص يجب أن يعتبر مقدساً مصوناً بالنسبة للغير فلا يجوز المساس به اطلاقاً . فحرمة الشخص تهدف الى أن تتيح له تحقيق الأهداف المنوط به تحقيقها وهى الوصول الى الحقيقة والخير والجمال ، فاحترام الغير للشخص يسمح له بالقيام بدوره كاملاً فى الحياة . ويجب على الشخص ان يحترم حقوق الآخرين بنفس الدرجة التى يجب أن يحترم بها حقوقه - قبل الغير . فيوجد نوع من الاحترام المتبادل بين الأشخاص مبعثه استقلال كل شخص عن الآخر وهدفه اتاحة المجال امام كل شخص ليحقق دوره فى الحياة .

ومن مبدأ حرمة الشخص - على النحو المتقدم - توصل الأستاذ كاربونييه الى استخلاص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الانسان . فذهب الى أن حرمة الشخص الطبيعى أول ما تعنى أن كل شخص له أن يعترض على أى مساس بسلامة جسمه وبرفض الخضوع لاجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية .فلكل شخص حق على جسمه يدخل فى نطاق حقوق الشخصية ، شأنه فى ذلك شأن الحق فى الاسم ، فيوجد حق فى سلامة الجسم وحق فى الحياة يكفل لهما القانون الحماية اللازمة .

مظاهر الحماية القانونية لجسم الانسان :

تظهر الحماية القانونية المدنية لجسم الانسان فى ثلاث نقاط :

أولاً : حماية جسم الانسان فى مواجهة الغير :

تتخذ هذه الحماية وجهين ، وجه أول ذو طابع وقائى بمنع الغير من الاعتداء على جسم الانسان أياً كانت صورة هذا الاعتداء ، ووجه ثان يتمثل فى الحماية اللاحقة على وقوع الاعتداء بالزام المعتدى بتعويض الضرر .

(أ) منع الغير من الاعتداء على جسم الانسان :

يقتضى مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الانسان المحافظة على هذا الجسم وسلامته وعدم السماح بالاعتداء عليه ، فلا يجوز أن يجبر الشخص على أن يتحمل مساساً بسلامة جسده .

واعمالاً لهذا المبدأ العام تقضى المادة ٢٤٠ من قانون العقوبات بعد تعديلها

بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بإضافة فقرة جديدة لها بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٧ بما يلى : « كل من أحدث بغيره جرحاً أو ضربًا نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد احدى العينين أو نشأ عنه أى عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث سنين الى خمس سنين ، أما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً عن سبق اصرار وترصد فيحكم بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين الى عشرسنين .

ويضاعف الحد الأقصى للعقوبة إذا ارتكب الجريمة تنفيذاً لغرض ارهابى .

وتكون العقوبة الأشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنين إذا وقع الفعل المنصوص عليه فى الفقرة السابقة من طبيب بقصد نقل عضو أوجزء منه من انسان حى الى أخر ، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة إذا نشأ عن الفعل وفاة المجنى عليه » .

وبجانب هذه الحماية الجنائية لجسم الانسان بمنع الغير من الاعتداء عليه بأى شكل من الأشكال ، وبأى غرض من الأغراض ، فهناك بعض المشكلات العملية التى تثار فى هذا الصدد ، فنعرض لأهمها :

١- المشكلة الأولى وتخص مدى جواز اخضاع الشخص لاجراء تحاليل طبية وبخاصة تحليل الدم . وذلك بغرض جمع الأدلة أمام القضاء ، ومدى اجباره على تعاطى عقاقير معينة تساعد على الوصول الى الحقيقة ، ومدى خضوعه لأجهزة الكشف عن الكذب .

فتحليل الدم يمكن استخدامه فى دعاوى اثبات أو نفى البنوة . ووجه الصعوبة فى اتخاذ هذا السبيل هو أن الحصول على دم شخص معيّن بغير رضاه يعد انتهاكاً لحريته الشخصية من ناحية ، وانتهاكًا لسلامة جسده من ناحية أخرى. وهذه المشكلة لا تثور إلا نزولاً على ما قد يدعيه الخصم فى الدعوى من حق فى الحصول على الدليل .ولكن هذا الحق لا يصل فى إعماله الى حد التضحية بالمبادئ الأساسية المتحققة فى جانب الطرف الآخر ، فالحق فى الحصول على الدليل ليس حقاً فى الحصول عليه أياً كانت وسيلته . ولذلك يستقر الرأى فى فرنسا على أن للمحكمة أن تدعو الخصم لاعطاء دمه اختياراً بقصد تحليله ولكنها لا تملك اجباره على ذلك ، غاية الأمر أن للقاضى أن يقرن مقدماً أمره بتحليل الدم بتقرير خسران الدعوى فى حالة الرفض .

وتطبيقاً لذات المبدأ رأى البعض أنه لا يجوز للورثة أن يطلبوا من المحكمة اخضاع زوجة المتوفى للكشف الطبى لمعرفة ما إذا كانت حاملاً أم لا ، تمهيداً لتوزيع التركة . فالورثة يجب أن ينتظروا مرور المدة القانونية المحددة للحمل . ويجب أن يوقف أوفر النصيبين للجنين حتى تمر المدة فإن لم يتم الوضع وزعت التركة طبقاً للقواعد العامة ، كما أن اخضاع الزوجة لمثل هذا الاجراء فيه مساس بحريتها الشخصية وكرامتها .

أما عن مدى جواز استخدام بعض العقاقير - وخلافها من وسائل - للوصول الى الحقيقة . فقد ذهب البعض الى أن المصلحة العامة يجب أن تغلب على المصلحة الفردية وبالتالى تبرر الخروج على مبدأ حرمة الجسد . بينما يذهب الرأى الراجح الى رفض اباحة هذه الوسائل تقريراً لاعتبارين أساسيين ، هو أن الافضاء بمعلومات للتحقيق يجب أن تتم بناء على الاختيار الحر ، والثانى أن استخدام مثل هذه الوسائل قد يؤدى الى الافضاء بمعلومات شخصية لا علاقة لها بالتحقيق ، وهذا ممنوع وبه مساس بمبدأ حرمة الحياة والأسرار الخاصة .

٢- المشكلة الثانية وتتعلق بمدى جواز اجبار الشخص على اجراء عملية جراحية . فعندما يصاب الشخص ، مثلاً ، فى حادثة طريق أو اصابة عمل ، فهل يجب أن يخضع المصاب لاجراء العملية الجراحية مراعاة منه لمصلحة المسؤول أم من حقه رفض اجراء هذه العملية وما مدى تأثير هذا الرفض على حقه فى التعويض ؟

فالمصاب عندما يرفض اجراء العملية انما يتمسك بحقه فى سلامة جسده وبالتالى يعد رفضه مبرراً لا يستوجب مسؤولية على عاتقه . ولكن هذا الرفض من شأنه الاضرار اولاً بمصلحة المسؤول الذى يستفيد من تقليل جسامة الضرر (بتقليل مقدار التعويض المستحق) ، كما يتعارض ثانياً مع المصلحة العامة للمجتمع من أن يعالج كل شخص على اكمل وجه بحيث يغدو أفراد المجتمع أصحاء أشداء .

وللتوفيق بين مصلحة المصاب ومصلحة كل من المسؤول والمجتمع ، انتهى الرأى الى أنه إذا كان الرفض غير مبرر ، فإن حق المصاب فى التعويض يجب أن ينقص بمقدار ما سببه رفضه من زيادة الضرر ، فلا يلتزم المسؤول إلا بتعويض الضرر الذى كان سيبقى لو أن المريض قبل اجراء العملية . أما إذا كان الرفض مشروعاً فعندئذٍ يتقاضى المصاب تعويضاً كاملاً . » ويعتبر الرفض غير مبرر إذا

كان منطوياً على تعسف فى استعمال الحق فى سلامة الجسد . فكما أن للشخص الحق فى سلامة جسمة ، فإن هذا الحق لا يجوز التعسف فى استعماله وإلا نقص مقدار التعويض بقدر ما سببه ذلك التعسف من ضرر للمسؤول» .

(ب) الحماية اللاحقة على وقوع الاعتداء :

إذا حدث الاعتداء فعلاً على سلامة جسم الانسان ، فإن هذا الاعتداء ، يعد ضرراً يعطى الحق فى تعويضه بالحصول على مبلغ نقدى من المسؤول . وهذا الضرر قد يكون مادياً ويتمثل فى المساس بسلامة الجسد نفسه . وقد يكون الضرر معنوياً ناشىء عن الألم الناتج عن الاصابة أو من الضرر الناتج من المساس بجمال الجسم أو فى النقصان من امكانية حياة سعيدة ، وكل هذه المسائل تدخل فى دراسة المسؤولية المدنية فلا محل لعرضها هنا .

ثانيًا : حماية جسم الانسان من تصرفات الشخص نفسه :

يقتضى مبدأ حرمة جسم الانسان ، بعدم جواز التعامل فى هذا الجسد ، وكل اتفاق يخالف هذا الحظر يعد باطلاً بطلانًا مطلقًا . فحق الانسان على جسده لا يعكس سلطات الشخص على هذا الجسد بقدر ما يعكس تصميم النظام القانونى على حمايته من إعتداء الآخرين . ولذلك كانت قدرة الانسان على التصرف فى جسده – فى القوانين الحديثة– مقيّدة الى أبعد الحدود . وتطبيقاً لذلك لا يجوز للشخص أن يتصرف فى كامل جسده ، كما لا يجوز الاتفاق مع الغير على مثل هذا العمل ، فاتفاق المريض على التخلص من الحياة نظراً لاستحالة الشفاء (القتل بدافع الشفقة) لا يؤثر فى قيام جريمة القتل فى حق الطبيب .

ولكن ما مدى مشروعية الاتفاقات التى يكون موضوعها جزء من اجزاء جسد الانسان ؟

نعرض فى هذا الصدد لثلاثة أنواع من الاتفاقات ، اتفاقات مشروعة وأخرى غير مشروعة وثالثة يثور الجدل حول مشروعيتها .

(أ) الاتفاقات المشروعة : يقرر الفقه مشروعية بعض الاتفاقات إما لأنها لا تنطوى على مساس بسلامة الجسد وإما لأنها تستهدف فقط المحافظة على سلامة الجسم . ومن هذا القبيل :

١– يعد صحيحاً الاتفاق الذى يتناول جزءاً من الأجزاء القابلة للانفصال عن الجسم دون الحاق ادنى مساس به أو بحياة صاحبه . فالاتفاق الوارد على شعر

الانسان (ببعه مثلاً) يعد صحيحاً .

٢- ويعد صحيحًا كذلك بيع لبن الأم عن طريق ما يسمى بإجارة الظئر ، حيث يجوز أن تلتزم امرأة بارضاع غير طفلها مقابل أجر معيّن ، فلبن الأم وإن كان من ثمار الجسم ونتاجه إلا أن المساس به لا يؤثر فى سلامة الجسم . ولكن جواز اجازة الظئر مشروط بعدم الاضرار بمصلحة الصغير ابن المرضع ، حيث يجب أن يكون لبن المرضع كافياً لارضاع الطفلين .

٣- أما عن مدى صحة الاتفاقات الواردة على الدم البشرى . فالملاحظ أنه يترتب على نقل الدم اضعاف جسد المتصرف فى دمه وتقل درجة مقاومته للأمراض ، ولكن من ناحية أخرى فإن نقل الدم الى شخص مريض قد يترتب عليه شفاؤه وتحسن صحته بل وبقاؤه على قيد الحياة ، فالمصلحة الصحية للغير ومبدأ التضامن الانسانى يستلزم نقل الدم الى المريض ، وبالتالى يعترف بمثل هذا الاتفاق الوارد على الدم البشرى . ولكن لا يجوز التصرف إلا فى حدود الكمية اللازمة لشفاء المريض وبشرط ألا يكون من شأن تلك الكمية التأثير فى صحة المتصرف . ويصح التصرف فى الحدود المتقدمة بعوض أو بغير عوض .

٤- ويصح الاتفاق بين المريض والطبيب على اجراء عملية جراحية ولو ترتب عليها بتر عضو من الأعضاء . فمثل هذا الاتفاق يهدف الى مصلحة مشروعة للمريض بتخليصه من الألم . ويلاحظ أنه إذا استحال على الطبيب أخذ موافقة المريض أو أقربائه واستدعت الضرورة اجراء العملية الجراحية ، كان له ان يجريها رغم تخلف اذن وموافقة صاحب الشأن .

(ب) الاتفاقات غير المشروعة : راينا أنه إذا كانت الارادة تنتج أثرها تحقيقاً لمصلحة الغير واعمالاً لمبدأ التضامن الانسانى ، فإنه يعد باطلاً التصرف الذى من شأنه أن يؤدى الى وفاة المدين أو جعل موته محتملاً أو بجعل حياته فى خطر ، فالحياة الانسانية لا يمكن أن تكون محلاً لاتفاق مشروع .

ولذلك يعد باطلاً كل اتفاق من شانه المساس بالأجزاء الحيوية اللازمة لحياة الانسان وبقائه ، فيعد باطلاً الاتفاق الذى بمقتضاه يتعهد شخص بالتنازل عن قلبه حال الحياة الى شخص أخر حتى ولو كان يهدف الى انقاذ حياة المتنازل اليه .

أما عن ما يثار بشأن عمليات زرع القلوب ، فالملاحظ انه لا يمكن النزول عن قلب شخص حى ، ومن جهة أخرى لا يمكن نقل قلب ماتت كل خلاياه . ولفض هذا الاشكال يجب التوصل الى تعريف لمعنى الموت من الناحية القانونية ، هل

يعنى الموت مجرد توقف خلايا القلب عن العمل ؟ أم يمكن أن يستدل عليه من مظاهر أخرى حتى ولو كانت خلايا القلب مازالت حية ؟ انتهى الرأى فى هذه المسألة - وبالذات فى فرنسا - الى أن الانسان لا يموت فى لحظة واحدة ، ولكنه يموت خلال فترة من الزمن . فخلايا المخ إذا ماتت ، إى إذا لم يعط رسام المخ الكهربائى أية اشارات ، فإن الشخص يعتبر أنه قد مات ، فى حين أن خلايا القلب قد تكون ماتزال حية وعلى ذلك يمكن اجراء عمليات نقل أو زرع مكب فى اللحظة ما بين توقف خلايا المخ عن العمل أى منذ لحظة الوفاة طبقًا لمعيار رسام المخ الكهربائى وقبل توقف خلايا القلب عن الموت .

(جـ) اتفاقات ثار الجدل حول مشروعيتها : وقد ثار الخلاف حول مدى صحة الاتفاقات التى من شأنها أن تصيب جسم الانسان بعجز دائم ومستديم ولكن دون أن يكون فيها تأثير على حياة الانسان مثل التبرع بعين أو بتر عضو من أعضاء الجسم أو التعقيم ،كما ثار الخلاف حول مدى مشروعية التجارب الطبية .

١ - بالنسبة للاتفاقات الماسة مساساً مستديماً بجسم الانسان :

ومثال هذه الاتفاقات رغبة الشخص فى التبرع بكليته أو برئته أو بقرنية احدى عينيه لآخر . فى مثل هذه الاتفاقات يظهر بجلاء مدى التعارض بين مبدأ سلامة جسم الانسان وبين مصلحة الغير أو ما قد تمليه مقتضيات التضامن الانسانى .

وقد وجدت فى الفقه ثلاثة اتجاهات :

اتجاه أول : ويقرر عدم مشروعية الاتفاقات السابقة ، بل وأن الطبيب الذى اعتمد على مثل هذا الاتفاق يعد مسؤولاً من الناحية المدنية . فذلك - مثلاً - هو القانون المدنى الايطالى الذى يقضى بتحريم كل تصرف يرد على جسم الانسان إذا كان من شأنه أن يؤدى الى اضعاف سلامة الجسم بصفة مستديمة أو كان مخالفاً للقانون أو للنظام العام والآداب .

ولكن يعد الاتفاق مشروعاً إذا توافرت فيه الشروط الآتية :

- الا يترتب على الاتفاق اصابة المتنازل بضرر غير قابل للاصلاح .

- يجب أن يترتب على الاتفاق تحقيق مصلحة اكيدة وكبيرة للغير تزيد فى قدرها على الضرر الحاصل للمتنازل .

اتجاه ثان : ويذهب الى مشروعية تلك الاتفاقات طالما أن المخاطر التى يتعرض لها المتنازل له أكثر من المخاطر التى يتعرض لها المتنازل عن جزء من جسده . فيجوز المساس والاضرار المستديم بجسم الانسان إذا كان للغير مصلحة فى ذلك جديرة بالرعاية . فهذا الاتجاه يقيم نظريته على أساس الموازنة من جهة ما بين النتائج التى تترتب على بتر عضو من جسم الانسان ومن جهة أخرى بين المنفعة التى تعود على الغير من نقل ذلك العضو اليه ، فإذا كانت تلك المصلحة تصل الى حد الضرورة الملحة فإنها تبرر المساس المستديم بجسم المتنازل .

فقد لاحظ هذا الاتجاه أنه منذ أن ظهر التقدم العلمى الحديث ، ظهرت الفائدة القصوى التى يمكن ان تعود على الغير من جراء نقل أجزاء من جسم الغير الى المرضى . فمن ناحية لا يمكن أن يحتج على عدم جواز النقل الذى يترتب عليه المساس المستديم بجسم المتنازل بأن ذلك فيه نوع من المخاطر . فمن الناحية الخلقية ليس من الممنوع كل تصرف من شأنه أن يضع حياة الشخص ، أو جسمه أو صحته فى خطر . ولكن ليس من المعقول اباحة أى تصرف . ومعيار التصرف الصحيح من غيره هو التناسب بين الخطروالمنفعة . فكلما كان الخطر الذى يتعرض له يعوضه أو يقابله ميزة هامة للشخص المتنازل اليه فإن التصرف يكون صحيحاً . فالأخلاق لا تتعارض مع من يلقى بنفسه فى الماء لانقاذ شخص على وشك الموت أو أن يذهب جندى للحرب دفاعاً عن الوطن . وإذا كنا قبلنا هذه الصور من أجل مصلحة الغير ، فلماذا لا نقبلها فى حالات أخرى .

وبناء على ما تقدم يصبح الاتفاق بشرط أن تكون هناك منفعة للغير ، فزرع الرئة أو الكلية مثلاً لا يكون مشروعًا إلا إذا كانت مخاطر موت المريض أكثر من المخاطر التى يتعرض لها المتنازل .

اتجاه ثالث : لاحظ البعض على الاتجاه السابق أنه - فى سبيل مقتضيات التقدم العلمى الحديث والمصالح الضرورية للغير - يتغاضى الى حد كبير عن مبدأ سلامة جسد الانسان ويغالى فى رعاية مصلحة الغير .

ولذلك - وللتوفيق بين مصلحة الغير ومبدأ سلامة الجسد - يفرق الاتجاه الأخير بين بتر عضو من الأعضاء الذى يترتب عليه المساس بمجرد الناحية التشريحية للجسم وبين المساس الذى من شأنه ان يؤثر فى الناحية الوظيفية لذلك الجسم . فإن كان المساس من النوع الأول ، فإن التصرف يعد مشروعًا . فمثلاً نقل احدى الكليتين لا يترتب عليه طبياً المساس بالدور والوظيفة التى تقوم

بها الكلية الأخرى بالنسبة لجسم الانسان . فبتر الكلية يترتب عليه المساس بجسم الانسان من الناحية التشريحية فهو يحرمه بصفة مستديمة من احدى الكليتين . ولكن ليس لذلك تأثير على جسم الانسان من الناحية الوظيفية . ويجب أن يكون ذلك بناء على تقرير طبى ، وواضح ان الاتفاق لن يكون مشروعاً إلا إذا كان يتعلق بأعضاء مكررة من جسم الانسان ، ويجوز الرجوع فى هذا التصرف فى أى وقت .

أما إذا كان المساس من شأنه أن يؤثر فى تأدية الجسم لوظائفه فإنه يعد غير مشروع .

٢- بالنسبة لعمليات التعقيم :

تقر بعض القوانين الأجنبية تعقيم الأشخاص المصابين بخلل أو بأمراض من شأنها التأثير على أطفالهم وتستهدف هذه العمليات القضاء على تعاقب أجيال من المرضى أو المجرمين . أما القانون الفرنسى فلا يجيز هذه العمليات مهما كانت مصلحة المجتمع فى عدم وجود أشخاص معتوهين أو مجرمين . بل أن محكمة النقض الفرنسية لم تتردد فى عقاب الطبيب الذى أجرى عملية التعقيم برضاء المريض نفسه وكانت حجتها أن الشخص لا يملك المساس بسلامة جسده مساساً دائماً .

ولكن يبرر مسلك القانون الفرنسى أن المجتمع الفرنسى يعانى من مشكلة نقص السكان ، ولكن فى بلد يعانى على العكس من مخاطر الانفجار السكانى ، يرى البعض جواز اجراء عمليات التعقيم بشرط الحصول على رضاء الشخص مقدماً « فالمجتمع لا يستطيع أن يرغم الأفراد على اجراء عمليات التعقيم . والارادة لا يمكن ان تنتج اثرها بصحة الاتفاق على اجراء عملية تعقيم إلا فى مجتمع يعانى من المشكلة السكانية . فالضرورة الاجتماعية ورضاء الشخص يستطيعان اباحة بعض المحظورات » .

٣- بالنسبة للتجارب الطبية :

راى البعض عدم صحة الاتفاقات الخاصة باجراء التجارب الطبية على جسم الانسان ، فمثل هذه التجارب التى تجرى على شخص من أجل تحقيق مصلحة علمية عامة ودون أن تستهدف مصلحته الصحية فى الحال ، يجب أن تعتبر غير مشروعة . « فالذى قد يبرر المساس بسلامة الجسم هو تحقيق مصلحة صحية للمريض ، وتلك المصلحة غير اكيدة بل احتمالية فى حالة التجارب ، وبالرغم من

أن التجارب تستهدف مصلحة الانسانية إلا أن مصلحة الغير التى تبرر مثل هذه التجارب على أساس مبدأ التضامن الانسانى تبدو غير واضحة وغير قوية بحيث لا تبرر المساس بالجسم ، ورضاء الشخص لا يمكن أن تكون له أدنى فاعلية فى هذا المجال » .

ولكن يبيح الدستور المصرى فى المادة ٤٣ اخضاع الشخص لاجراء تجارب طبية بعد الحصول على اذنه وموافقته . ويقيد البعض اعمال حكم هذا النص بتوافر شروط معيّنة منها :

١- يجب الا تجرى التجربة إلا على شخص مريض بالمرض الذى تستهدف التجربة علاجه ، فلا يمكن اجراء تجربة على شخص سليم ولا حتى برضاه .

٢- يجب الا يكون من شأن التجربة تعريض حياة المريض للخطر أو اصابته بضرر دائم ، وأن تكون الآلام التى يتعرض لها الشخص متناسبة مع ما قد يحصل عليه من علاج .

٣- كما يجب أن تكون التجربة الطبية قائمة على أسس علمية واضحة تقرها الجمعيات الطبيةالمعترف بها .

ثالثاً : حماية جسد الانسان بعد الوفاة :

يلاحظ أن الحق فى سلامة الجسم انما يمتد أيضاً الى ما بعد الحياة فى صورة حق الفرد فى احترام جثته . ولكن ما مدى فاعلية ارادة الشخص فى ابرام تصرفات قانونية يكون محلها جثته بعد وفاته ؟

يلاحظ هنا أن القانون الفرنسى الصادر عام ١٩٤٩ قد أجاز صراحة الايصاء بالعيون الى مؤسسة عامة أو خيرية تجرى أو تساعد فى اجراءعملية نقل القرنية . كما أن من المسلم به فى القانون الفرنسى أن التصرفات القانونية التى ترد على جثة الانسان بعد وفاته تعد تصرفات سليمة وصحيحة .

كما أن القانون المصرى رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ (فى شأن التنازل عن العيون) قد أجاز الايصاء بالعين السليمة لاستئصالها بعد الوفاة لتكون مصدراً من مصادر بنك العيون .

ويرى البعض أن الحقوق التى ترد على جثة الانسان يجب أن تستهدف تحقيق غرض مشروع للغير ، وهذا الغرض هو الذى يبرر المساس بحرمة جثة الميت . ولتقدير مدى مشروعية التصرف يمكن الالتجاء الى نص المادة ١٣٦ مدنى

والتى تنص على أنه إذا لم يكن للالتزام سبب او كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً .واهم استعمال مشروع للجثة والذى من شأنه تبرير التصرف الذى يرد عليه ، هو استعمالها لأهداف علاجية مثل نقل عضو من الجثة الى شخص حى لانقاذ حياته أو تحسين صحته ، كما أنه يعد مشروعاً التصرف الذى يسمح باجراء دراسات وتشريح للجثة لأغراض علمية . فتقضى المادة ٢٦ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٤٦ بأنه يمكن اعطاء الجثة الى احدى الجهات الجامعية او الصحية للاحتفاظ بها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة ذوى الشان . ولكن يعد غير مشروع وباطلاً كل تصرف يرد على جثة الشخص ويستهدف تحقيق مجرد اهداف اقتصادية .

ويلاحظ أن الحقوق التى ترد على الجثة يجب أن تكون ذات طبيعة احتياطية بمعنى أنه لا يلجأ الى ترتيب حقوق على الجثة إلا إذا لم يكن هناك اى وسيلة اخرى لاشباع وتحقيق مصلحة الغير كما يكون للمتصرف أن يرجع عن تصرفه فى أى وقت . ومتى كان سبب التصرف مشروعاً فإنه يعد صحيحاً سواء كان التصرف بعوض أم بدون عوض .

المبحث الثالث

حق الشخص فى سلامة كيانه الأدبى

تمهيد :

رأينا أن شخصية الانسان تستوى على مقومات مادية هى الكيان أو الجسم المادى للفرد ، وهى تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والكرامة والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات تعد عناصراً أساسية للشخصية ، لا قيام لها بدونها . ولذلك – حماية للشخصية – ذهب الفقه الى وجوب الاعتراف للأفراد على هذه المقومات بحقوق معيَّنة . منها :

أولاً : الحق فى الشرف والاعتبار droit à l'honneur :

لكل شخص الحق فى أن يستلزم من الغير احترام كرامته وسلامة شرفه من الأذى . فثمة حد أدنى من الاحترام يجب توافره لدى الشخص ، حتى من كان مقارفاً لأكبر الجرائم . وفى كثير من الشرائع القديمة كان عقاب الجرائم الخطيرة

مقروناً بالتجريد من الشرف infania وقد زال ذلك الآن .

« والشرف فى معناه الشخصى هو مجموع القيم المعنوية التى يخلعها الشخص على نفسه . أما فى معناه الموضوعى فهو تقدير الناس للشخص ، هو الذمة المعنوية المشتقة من تقدير الناس ، هو بمعنى أعم السمعة réputation » .

ويعاقب القانون الجنائى على كل اعتداء على الشرف ، فعاقب على جريمة السب ،كما عاقب على كل اعتداء على السمعة ، فاعتبر البلاغ الكاذب جريمة وعاقب عليها وكذلك فى شأن القذف .

ويحدث الاخلال بالشرف ، بالحط من قدر الشخص ، أو بتعريضه لاحتقار الناس وازدرائهم . « كأن يقال عنه أنه على شفا الافلاس ، أو أنه فاعل أصلى أو شريك فى الجريمة ، أو تنسب اليه أعمال مزرية كأن يقال عن شخص انه يسكر أو انه يهمل فى أداء واجبه ، أو يعزى الى طبيب موت أحد مرضاه أو الى محام خسارة دعوى أو الى موظف انه يتجر بنفوذه ، الى أخر ذلك مما لا يقع تحت حصر » .

وتحصل حماية هذا الحق من الناحية المدنية عن طريق منح المجنى عليه الذى اعتدى على شرفه أو اعتباره الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى ، كما أن له ان يطلب من القضاء اتخاذ الاجراءات اللازمة لمنع استمرار الاعتداء ، مثل نشر مصنف ينطوى على المساس بكرامة أحد الأشخاص ، وقد تأمر المحكمة بنشر الحكم كوسيلة لرد اعتبار المجنى عليه وتعويضه ، أو عن طريق الزام الجريدة بأن تنشر على نفقتها ردود وبيانات الشخص الذى اعتدى عليه فى صفحاتها ، وهذا ما يطلق عليه « حق التصحيح» .

ثانياً : الحق فى الخصوصية أو فى احترام الحياة الخاصة :

وهذا ما يطلق عليه البعض الحق فى السرية (droit au secret) . فمن أهم الحقوق اللصيقة بالشخصية ، الحق فى احترام حياة المواطنين الخاصة . وليس أدل على هذه الأهمية من أن الدستور المصرى يقضى فى المادة ٤٥ منه بأن« لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون » . وبذلك أصبح الحق فى الخصوصية من المبادئ الدستورية الثابتة .

ويعنى الحق فى الخصوصية « حق الشخص فى أن يحدد كيفية معيشته كما يروق ويحلو له وذلك مع أقل قدر ممكن من تدخل الغير فى حياته . فلكل شخص الحق فى المحافظة على سرية خصوصيات حياته ، وعدم جعلها عرضة لأن تلوكها

ألسنة الناس ، أو أن تكون موضوعاً لصفحات الجرائد . فالانسان له الحق فى أن نتركه وشأنه يعيش حياة هادئة بعيدة عن العلانية والنشر والأضواء ...ونطاق الحياة الخاصة للشخص يمتد الى كل ما يتعلق بحياته الغرامية ، والعائلية ، والصحية ، ودخله ، والمظاهر غير العلنية للحياة الحرفية وعمله ، وأوقات فراغه ، ويخرج عن نطاق الحياة الخاصة الجزء من الحياة الذى يتم بحضور الناس والعامة حيث يشارك الشخص فى الحياة العامة بالمدينة » .

ويحدث الاعتداء على الحق فى الخصوصية عادة عن طريق وسائل النشر والاعلام المختلفة ، كالقصص والمقالات والتحقيقات الصحفية والسينما والاذاعة المسموعة أو المرئية .

وحماية الحياة الخاصة تستلزم منع أى اعتداء عليها سواء كان ذلك الاعتداء يهدف الى تحقيق دعاية تجارية أو أى هدف أخر . وحتى يتوافر معنى الاعتداء على الحق فى الخصوصية ، يجب الا يكون هناك إذن من الشخص بالنشر أو بالاطلاع على حياته الخاصة . فمن الأشخاص من يأذن لوسائل الاعلام المختلفة بنشر وقائع حياته الخاصة بغية تحقيق دعاية له مثلاً . وهذا الاذن قد يكون صريحًا أو ضمنياً ، ومثال الاذن الضمنى أن يقوم الشخص بعرض خصوصيات حياته بصفة دائمة على العامة . ومع ذلك فالاذن لا يفترض ، كما أن الإذن فى مرة لا يعنى حصوله فى جميع الحالات . وقد يكون الاذن بمقابل أو بدون مقابل . ويمكن النشر بدون اذن إذا تعلق بمصلحة عامة أو بشخصية تاريخية تحظى باهتمام الجمهور .

ومن المعلوم أن الانسان انما يودع خصوصيات حياته – فى أغلب الأحيان – المراسلات البريدية والبرقية والتليفونية . ولذلك نص المشرع الدستورى على مبدأ حماية سرية وحرمة المراسلات ، وذلك فى المادة ٤٥ التى أشرنا اليها من قبل .

فلا يجوز للسلطة التنفيذية رقابة المراسلات من تلقاء نفسها ، وانما لا يكون لها هذا الحق إلا بإذن من القاضى المختص الذى يجب عليه أن يحدد الأسباب التى تبرر تلك الرقابة ، كما يجب أن تكون الرقابة لمدة محدودة وفى الأحوال التى ينص عليها القانون .

وحرمة المراسلات تسرى على المظروف وعلى المراسلات المفتوحة ، فالاطلاع عليها أو تصويرها يعد مساسًا بحرمة المراسلات . كما لا يجوز لأحد الأزواج الاستيلاء على مراسلات الآخر . « ولكن متى تم تسلم الخطاب بواسطة المرسل

اليه فإن للزوج الآخر أن يطلع على الخطاب بشرط الا يتم ذلك بطريقة غير مشروعة مثل كسر الدولاب الخاص بالزوجة أو فتح حقيبة يدها . وللوالدين أن يراقبا المراسلات الموجهة الى الطفل الصغير » .

ويدخل فى نطاق حرية المراسلات كذلك ، الحقوق المتعلقة بالرسالة . والرسالة عبارة عن ورقة مكتوبة يبعث بها شخص الى آخر يذكر فيها خبراً أو فكرة أو ينهى اليه أمراً . وللراسل حق فى السرية ، إذا تضمنت الرسالة أمراً أو سراً يخصه ، فيجب على المرسل اليه أن يحترم واجب السرية فلا يفشى سراً انتهى اليه . ولذلك يستقر القضاء على أن المرسل اليه يجب عليه المحافظة على الأسرار العائلية للراسل والتى تتضمنها الرسالة ، وليس له بالتالى أن يقدم رسالة للقضاء تتضمن سراً من اسرار الراسل . كما أن للشخص الحق أن يطلب من القضاء وقف نشر رسالة فيها انتهاك لسرية حياته . وفى حالة وقوع الاعتداء على السرية يكون له الحق فى الحصول على تعويض .

وتحقيقاً لمبدأ أو حق الخصوصية أو السرية يفرض القانون على الأشخاص الذين يعرفون أسرار الغير بحكم وظائفهم أو مهنتهم المحافظة على تلك السرية وإلا كانوا عرضة للجزاءات الجنائية والمدنية معاً .

ثالثاً : الحق على الهيئة أو الصورة droit à l'image :

يقصد بهذا الحق سلطة الشخص فى الاعتراض على أن تؤخذ له صورة أو أن يرسم أو ينحت له تمثال بغير موافقته الصريحة أو الضمنية . كما يتضمن ايضاً حقه فى الاعتراض على نشر صورته على الجمهور . « ويعد هذا الحق مظهراً من مظاهر حماية الشخصية . كما أنه من عناصر حماية الحياة الخاصة للفرد . ذلك أنه يفيد منع الآخرين من التعرف على الحياة الخاصة على نحو لا يرضى عنه صاحب الشأن ، فالصورة ما هى إلا تعبير عن الفرد وهو فى موقف معيّن من مواقف حياته . كما أن الاخلال بمقتضى حماية الحق فى الصورة يتضمن اعتداء على الكيان المعنوى للانسان وذلك حيث تبدو الصورة فى شكل مهين أو مثير للسخرية » .

والحق فى الصورة يعد من الحقوق الملازمة لصفة الانسان ولذلك يتمتع هذا الحق بذات الحماية المقررة لحقوق الشخصية . ولذلك فمجرد نشر صورة الغير أو عرضها دون إذن منه يستوجب المساءلة القانونية . ولا يشترط لتحقق المسؤولية حدوث ضرر للشخص . فمجرد النشر يمنح الشخص حقاً فى طلب وقف النشر

مع التعويض إذا ما نتج عن هذا النشر ضرر له » .

ولكن هل يوجد استثناء على القواعد المتقدمة . يذهب القضاء الفرنسى الى انه فيما يتعلق بالمثلين فإنه يمكن أن يستخلص نوع من الرضاء الضمنى على النشر متى كانت هذه الصورة متعلقة بالعمل الفنى أو المهنى لهم ، فهم يبحثون عن الدعاية ولا حاجة للحصول على رضائهم الصريح . متى كانت الصورة تتعلق بحياة الممثل الفنية ، أما إذا تعلقت الصورة بحياته الخاصة فلا بد من الحصول على رضائه الصريح بالنشر ، مع ملاحظة أن تسامح الفنان مرة على نشر صورة له فى حياته الخاصة لا يعنى تنازله عن هذا الحق ، فهو انسان له الحق فى المحافظة على أسراره ...

وقد اثيرت مشكلة مدى مشروعية التصوير المفاجىء فى الطريق العام (وبالذات فى فرنسا) حيث يقف بعض المصورين فى الطريق العام يلتقطون صور الأشخاص بدون الحصول على اذنهم . والراجح هو عدم مشروعية ذلك لمساسه بالحرية الفردية الانسان ، فلا بد من الحصول على إذن برضاء الشخص بهذا التصوير .

« ولذلك قضى بالمسؤولية عن التقاط صورة ونشرها لرجل وامرأة اثناء جلوسهما فى أحد البارات ، كما ان الموافقة لا يجوز أن تستخلص من مجرد الموقف السلبى أو من مجرد عدم الاعتراض على النشر فى المرة الأولى ، إذا تكرر بعد ذلك.

وتجدر الاشارة اخيراً الى ان بعض احكام المحاكم الفرنسية تتجه حديثاً الى رفض الدعاوى المرفوعة عن تصوير الشخص فى أوضاع لم يحرص على اخفائها ، كما فى حالة تصوير فتاة كانت تسير على شاطئ البحر عارية الصدر» .

المبحث الرابع

حق الشخص فى سلامة حرياته الشخصية

تمهيد :

حتى تتمكن الشخصية من مباشرة وتأدية دورها فى الحياة ، لا بد لها من حرية القيام باعمال معيّنة او الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك .

والحريات ما هى إلا مكنات يخولها القانون للناس كافة دون أن تكون محل استئثار حاجز لواحد دون الباقين . فالشخص له أن يفعل ما يحلو له ولا يحد من سلطته فى ذلك سوى حقوق وحريات الغير ، فالحرية يجب أن تتوقف عند الحد الذى تبدأ منه حقوق وحريات الغير .

وفى نطاق القانون العام توجد الحريات العامة ومنها حرية العقيدة ، حرية الاجتماع ، حرية الكلام ، حرية الكتابة ... الخ وفى نطاق القانون الخاص توجد الحريات الخاصة أو الحريات المدنية . وهى الحريات التى يكفلها القانون المدنى لمصلحة فرد فى مواجهة أخر وليس فى مواجهة الدولة كما هو الشأن فى الحريات العامة . ويضع القانون المدنى الضمانات التى تكفل حماية هذه الحريات فى مواجهة الأشخاص العاديين .

ولا شك انه يوجد فارق بين الحريات المدنية ، وحقوق الشخصية التى عرضنا لها آنفًا فى المباحث السابقة . ويبدو هذا الفارق فى أنه من النادر أن تمس هذه الحرية بواسطة عمل تلقائى من جانب الغير « وحيث يكون الجزاء المدنى المناسب هو التعويض . فغالبًا ما يكون المساس بطريقة غير مباشرة بتلك الحريات ، وحيث يكون الجزاء المناسب هو بطلان التصرف أو بطلان الشرط » .

أما الحريات السياسية والتى تتعرض لها الدساتير غالباً ، فلن نعرض لها ، وانما سيقتصر كلامنا على حريات القانون الخاص . وفى هذا الشأن لا نجد نظرية عامة تجمع هذه الحريات وذلك لأن الأصل هو الحرية ، ولذلك سنعرض لبعض هذه الحريات .

حرية الحركة والتنقل أو حرية الغدو والرواح :

فالشخص له أن يستقر حيث يريد او أن ينتقل من مكان الى أخر ، فلا يجبر على الاقامة فى مكان معين (فيما عدا القيود التى يضعها القانون لصالح الجماعة أو لصالح العائلة ، كالواجب الذى على الزوجة فى أن تتبع زوجها حيث يشاء أن يقيم ، أو حيث يتعيّن عليه أن يقيم) .

هذه الحرية تعد هى الأساس الذى دعا المشرع الى تقرير حق المرور فى أرض مملوكة للغير إذا ما كانت الأرض محبوسة عن الطريق العام . « كما تظهر اهمية هذه الحرية فى حالة الهبة أو الوصية المقترنة بشرط الاقامة فى مدينة معيّنة ، او بشرط عدم الاقامة فى مكان معيّن . ولقد قرر القضاء الفرنسى صحة هذه

الشروط بشرطين : أولاً أن تبررها مصلحة مشروعة ، والشرط الثانى أن تكون مؤقتة ومحددة بمدة معيّنة . ويجب ابطالها إذا لم يتوافر أحد هذه الشروط باعتبارها ماسة بحرية الحركة والتنقل » .

ويتصل بهذه الحرية وجوب حماية الشخص لحرمة مسكنه . وعلى هذه الحرمة قضى الدستور فى المادة ٤٤ بأن « للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً للقانون » . وبناء على هذا المبدأ الدستورى لا يجوز لرجال السلطة العامة دخول المنازل فى غير الأحوال المنصوص عليها فى القانون ، وبناء على اذن من السلطة المختصة كأمر تفتيش ، أو توقيع حجز على أموال المدين وهكذا ...

ولحرمة المسكن معنى سلبياً يحدده الفقه بأنه حق الفرد فى أن « يغلق باب داره على نفسه » أى أن يحتجب فى داره دون أن يلتزم باستقبال أحد . ويستفيد من هذه الحماية شاغل المسكن سواء كان مالكاً أو أى شخص آخر يستند الى صفة قانونية أخرى كالمستأجر والمستعير والمنتفع .

ومن المشاكل التى يثيرها حرمة المسكن ، مدى جواز حق شاغل المسكن فى وضع بعض العوائق أو الموانع عند مدخل مسكنه ، ككلاب للحراسة أو اجهزة كهربائية او ميكانيكية ، وما مدى مسؤولية شاغل المسكن عما يترتب على عمله هذا من أضرار قد تلحق بالغير .

من الثابت انه لا يجوز أن توضع اجهزة كهربائية أو ميكانيكية لايذاء من يدخل المسكن بغير رضا صاحبه ، حيث لا يتفق هذا المسلك مع مسلك الرجل العادى ، كما يتضمن تجاوزاً لحدود الدفاع عن حرمة المسكن . ولكن فى شأن وضع كلاب للحراسة ، فقد قضى - فى فرنسا - بعدم مسؤولية شاغل العقار عن هجوم كلب على شخص دخل المنزل بغير مبرر معقول أو مقبول . ويؤيد البعض لدينا هذا الاتجاه القضائى على أساس أن وضع كلاب للحراسة يتفق مع مسلك الانسان العادى فضلاً عن أن العرف قد جرى به .

ومن الثابت كذلك أن مبدأ حرمة المسكن يتقرر فى مواجهة كل معتدى حتى ولو كان هو المالك ذاته ، حيث يستطيع المستأجر منع المؤجر من دخول العقار فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً .

« غير أن حالة الضرورة قد تسمح ببعض الاستثناءات على المبدأ المذكور ،

فقد قضى بأن من حق أحد سكان المنزل ان يدخل المسكن العلوى ليمنع تسرب خطير للمياه حدث فى غيبة شاغل العقار ، وذلك بشرط وجود شهود على الواقعة . وفى نطاق القانون الجنائى قضى بشرعية اقتحام منزل المتهم أثناء تعقبه بقصد تنفيذ أمر بالقبض عليه ، نزولا على معنى حالة الضرورة » .

حرية العمل أو عدم العمل :

يقضى الدستور فى المادة ١٣ بأن « العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة ، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع . ولا يجوز فرض أى عمل جبراً على المواطنين إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل » .

فالعمل الانسانى يتصل اتصالاً وثيقًا بالشخصية ، ولذلك لا يجوز أن ننظر اليه باعتباره قيمة اقتصادية تخضع لقانون العرض والطلب كالقيم الأخرى ، وانما يعد العمل تعبيراً عن كيان الشخص نفسه وحيث يرتبط بكرامته وكيانه البدنى .

وللانسان حرية ممارسة العمل الذى يريده ويكون مؤهلاً له ، كما له الحرية فى الامتناع عن ممارسة عمل معيّن أو نشاط معيّن . فلا يجوز للقانون أن يفرض على الشخص عملاً معيناً ، ولذلك نرى الدستور يقضى بعدم جواز فرض أى عمل جبراً على المواطنين .

ويحرص القانون على تأكيد مبدأ حرية العمل . ومما يتنافى مع هذا المبدأ امكان وجود عقد عمل مؤبد ، حيث يتعارض وجود مثل هذا العقد مع مبدأ حرية العمل ، ولذلك نجد أن المادة ٦٧٨ مدنى فى فقرتها الثانية تقضى بأنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل الى ستة أشهر » .

وتطبيقاً لمبدأ حرية العمل ايضاً يعد باطلاً الشرط الذى يلزم الشخص بعدم العمل ، فلا يعد مشروعاً إلا إذا كان محدداً زمانًا ومكانًا ، فلا يجوز حرمان شخص من العمل دائماً وفى أى مكان .

ومن مظاهر حماية حرية العمل وعدم العمل نلاحظ أنه إذا كان تنفيذ الالتزام عينًا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، ورفض الأخير أن يقوم به، فلا يجوز اجباره على القيام بالعمل او بالامتناع عن العمل ، وانما يلتزم فحسب بدفع تعويض الى دائنه .

حرية الزواج :

للشخص الحق فى أن يتزوج الشخص الذى يريد ، فيما عدا القيود التى يضعها القانون أو الدين . ولهذا لا يجوز وضع اية عوائق فى طريق حرية الزواج ، فالشخص له أن يتزوج أو لا يتزوج . ولذلك يذهب القضاء الفرنسى الى ابطال الشرط الذى يوجد فى الهبة والذى ينص على الرجوع فى التبرع إذا تزوجت المتبرع اليها بشخص يدين بديانة معينة . « فمثل هذا الشرط يخالف المساواة التامة بين المواطنين ، بالغاء كل تفرقة عنصرية. فالزواج ليس وسيلة لتحسين النسل ولكنه وسيلة لتكوين أسرة بين شخصين متفاهمين .

كما يعتبر باطلاً الشرط الذى تضعه شركات الطيران وبمقتضاه ينتهى عقد عمل المضيفات فى حالة الزواج . فهو يكون مساساً جوهرياً بحق من اهم الحقوق اللصيقة بالشخصية وهو الحق أو الحرية فى الزواج » .

المبحث الخامس

حق الشخص فى سلامة كيانه الفكرى

ونعنى بهذا الحق ، حق المؤلف أو المخترع على مؤلفه أو اختراعه ، فهل يعد هذا الحق من حقوق الشخصية .

يذهب الفقه الغالب الى اعتبار حق المؤلف أو المخترع ضمن حقوق الشخصية. بينما ينكر البعض ذلك ، بحجة أن ما يؤلفه الشخص أو يخترعه يكون منفصلاً عن شخصه ، ويكون له وجود مستقل وقائم بذاته ، على خلاف حقوق الشخصية التى لا تنفصل عن الشخصية ، وليس لها مكان خارج الشخص نفسه . ولذلك يذهب هذا البعض الى اعتبار حق المؤلف حقاً مالياً .

والواقع – وكما سنرى من بعد وبمناسبة دراسة حق المؤلف – أن حق المؤلف ينطوى على حقين لا حق واحد .

حق معنوى يتمثل فى حق المؤلف فى أبوته لمؤلفه والمخترع فى أبوته لاختراعه، وحقه فى سلامة أفكاره وكتاباته من أن تغيّر أو تزيف ، مما يلحق ضرراً جسيمًا بمصالحه الأدبية ، فكما ان للشخص حقاً فى سلامة كيانه الجسدى ، كذلك له الحق فى سلامة كيانه الفكرى والأدبى . هذا الحق المعنوى لا شك أنه يعد من حقوق الشخصية .

كما ينطوى حق المؤلف على جانب أو حق مالى ، وهو حق المؤلف أو المخترع فى استثمار فكره واستغلاله استغلالاً ماليًا . وهذا الحق المالى لا يعد من حقوق الشخصية وبالتالى يخضع لما تخضع له الحقوق المالية من قواعد .

يتبيّن مما تقدم أن حق المؤلف ينطوى على حقين ، حق معنوى وآخر مالى ، والحق الذى يرتبط بالشخصية هو الحق المعنوى وحده والذى يتمثل فى حق الشخص فى أن ينسب اليه اختراعه او افكاره وسنزيد هذا الأمر ايضاحاً عند الدراسة التفصيلية لحق المؤلف .

المبحث السادس

خصائص حقوق الشخصية

رأينا أن حقوق الشخصية لا تعد من الحقوق المالية ، ولذلك فهى تتميّز بخصائص مختلفة عن الخصائص الثابتة للحقوق المالية .

وهذه الخصائص هى :

أولاً : هى حقوق مطلقة :

تعد حقوق الشخصية حقوق مطلقة ، حيث يحتج بها على الكافة وليس على فرد بذاته ، وبعبارة أخرى أن على الكافة واجبًا قبل صاحب الحق ، فحق الفرد يقابله واجب سلبى عام مؤداه أن يمتنع الكافة عن الاعتداء على هذا الحق .

ثانيًا : هى حقوق لا تقوّم بمال :

لا تعد حقوق الشخصية حقوقًا مالية ، كما انها لا تعد أموالاً ، ولذلك لا يمكن أن تقاس بالمقياس المشترك الذى تقاس به الأموال وهو النقود .

فحقوق الشخصية ، إن كانت حقوقًا غير مالية ، فليس معنى ذلك أن الاعتداء على هذه الحقوق لا يستحق عنه تعويض نقدى . فقد قضت المادة ٥٠ من القانون المدنى بأن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ». وتطبيقًا لذلك قضت المادة ٥١ من ذات القانون بأن « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . كما أن الاعتداء على حق

المؤلف وعلى الكيان الجسدى للشخص ، يستتبع بلا جدال وجوب الالتزام باصلاح الضرر عن طريق التعويض ، وذلك إذا كان الضرر الحاصل ضرراً مالياً .

ولكن قد يترتب على الاعتداء على حق الشخصية ضرر غير مالى وهو ما يسمى بالضرر الأدبى ، وهو عبارة عما يصيب النفس من ألم وحزن ، وفى حالة الضرر الأدبى هل يجوز التعويض عنه ؟

لقد رأى البعض عدم جواز ذلك ، وذلك على أساس استحالة التعادل l'équivalance بين الضرر الحاصل والتعويض المطلوب . ولما كان هذا التعادل هو الشرط الأساسى فى كل تعويض مدنى ، لزم من ذلك الا يجوز التعويض عن الضرر الأدبى الحاصل عن الاعتداء على حقوق الشخصية .

بينما يذهب الرأى الراجح فقهاً الى جواز هذا التعويض وذلك على أساس « أن التعادل بين الضرر والتعويض ليس معناه المساواة بينهما égalité . فعندما يقال أن التعويض يجب أن يعادل الضرر ، فليس معنى ذلك أن التعويض يجب أن يساوى الضرر ، فالتعادل الحسابى الكامل بين الضرر والتعويض ليس ممكناً ، حتى فى الأضرار المادية المباشرة . فالحاصل هو أن يقدر التعويض دائماً بالتقريب . حقيقة ان هذا التقدير التقريبى أسهل فى الأضرار المادية منه فى الأضرار الأدبية ، إذ يستبدل بالمال الذى هلك أو نقص مال أخر من نفس الطبيعة المادية . ولكن هذا لا يمنع من امكان حصول التقدير التقريبى فى حالة الضرر الأدبى . أن الضرر الأدبى معناه انعدام أو نقص منفعة أدبية ، انعدام سرور وزوال سعادة ، حدوث ألم وحزن. ومن ثم يجب أن يتكوّن التعويض من شيء يجلب شعوراً يترتب عليه بعض السلوى والعزاء ، وان كان لا يمكن أن يمحو أثار الألم الحاصل . ولما كان المقياس المشترك للقيم هو النقود وجب أن يعطى للمضرور مبلغاً من المال ، لا على أنه مقابل معادل فى الكم والكيف للسعادة الزائلة ، ولكن باعتباره وسيلة للتخفيف من الألم الذى حاق به . وهذا ما أخذ به القانون المدنى حيث يشمل التعويض الضرر المادى والأدبى معاً .

ثالثاً : هى حقوق غير قابلة للنزول عنها :

طالما ان حقوق الشخصية هى حقوق غير مالية – فهى لصيقة بشخص الانسان ، فهى تخرج عن دائرة التعامل ، وتعد غير قابلة للنزول. فلا يجوز للانسان من حيث المبدا النزول عن هذه الحقوق . وتطبيقاً لذلك قضت المادة ٤٩

من القانون المدنى بأنه « ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية » .

هذه الحقوق لا يجوز أن تكون محلاً للاتفاق ، فالارادة الانسانية لا تستطيع ابرام تصرفًا من شانه المساس بهذه الحقوق ، فلا يجوز - مثلاً - النزول عن الاسم أو عن الحق فى الحياة .

ويرجع السبب فى ذلك الى أن هذه الحقوق تعد ذات صلة وثيقة بالانسان ، فهى ملازمة له لا يمكن ان تنفصل عنه ، فهى ليست إلا امتداداً ضروريًا له . ولذلك فهى غير قابلة لأن تكون محلاً للحجز . فالحجز يؤدى الى البيع وفاء للدين، وهذه الحقوق لا تصلح أن تكون مكوّنة للجانب الايجابى من الذمة المالية حتى تكون ضامنة للجانب السلبى فيها .

ولكن إذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، فإنه خروجاً على ذلك يمكن اجازة بعض هذه الاتفاقات فى شأن هذه الحقوق ما دامت مبنية على اعتبارات جدية ومحققة لأغراض نافعة وذلك دون مخالفة للقانون أو للنظام العام والأداب . فقد رأينا صحة بعض التصرفات التى ترد على جسم الانسان مراعاة لمبدأ التضامن الانسانى ، كما أنه قد اعتبر صحيحاً الاتفاق الذى بمقتضاه تتفق موديل مع رسام على أن تتنازل له عن حقها على الصورة أو الشكل فى مقابل مبلغ من المال . ومن هذه الاتفاقات الصحيحة أيضاً ، « ترخيص الشخص فى استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبى ، أو إذن الشخص لكاتب أو روائى فى اطلاق اسمه على بعض الأشخاص فى رواياته أو مسرحياته ، أو اذن الشخص فى استعمال اسمه كاسم تجارى ، أو ترخيص فنان مشهور فى اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان . وكذلك يعتبر صحيحاً فى فرنسا - حيث تتسمى الزوجة بلقب زوجها - ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة فى الاستمرار فى التسمى بلقبه واستعماله » .

رابعًا : هى حقوق لا تخضع لنظام التقادم :

قلنا أن حقوق الشخصية وهى ملازمة لصفة الانسان ، تخرج عن دائرة المعاملات القانونية ، ولذلك لا تخضع لنظام التقادم المكسب أو المسقط على حد سواء . فالقاعدة أن كل ما يكون غير قابل للتصرف فيه لا يخضع للتقادم . فالحق فى الحياة غير قابل للتقادم ، كما أن الحق فى الاسم لا يسقط بعدم استعماله مهما طال الزمن ، كما أن الحق الأدبى للمؤلف هو الآخر لا يسقط بمرور الزمن .

فعدم القابلية للتقادم تفرضها ضرورات النظام العام . فالاسم ثابت لا يتغيّر كقاعدة عامة ، كما أن مقتضيات النظام العام تستلزم أن يخولّ المؤلف دائمًا السلطات اللازمة لحماية مصنفه ، ولهذا فإن الحق الأدبى للمؤلف لا ينقضى بالتقادم .

خامسًا : وهى حقوق لا تنتقل بالميراث :

الملاحظ أن بوفاة الشخص ، فإن حقوقه تنتقل الى ورثته ، ولكن لما كانت حقوق الشخصية لا تعد جزءاً من أجزاء الذمة المالية ، فإنها لا تنتقل كقاعدة عامة الى الورثة . فالورثة لا يستطيعون مباشرة الدعاوى الخاصة بهذه الحقوق لأنها تتصل بشخص المتوفى .

حقوق الشخصية لا تنتقل اذن بالوفاة الى الورثة ، ولكن استثناء من ذلك ، يخلف ورثة المؤلف مورثهم فى بعض سلطات حقه المعنوى ، كفالة لذكراه وحماية لآثاره .

الفصل الثانى

الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية

تمهيد وتقسيم :

قلنا أن تقسيم الحقوق الذى نعتمد عليه هو ذلك التقسيم الذى يقسّم الحقوق الى حقوق الشخصية وهى حقوق غير مالية ، وحقوق مالية وهى الحقوق العينية وحقوق الدائنية ، وحقوق يختلط فيها الجانب المالى مع الجانب المعنوى وهى حق المؤلف . ولما كنا قد فرغنا من دراسة حقوق الشخصية ، فنعرض الآن لبيان الحقوق المالية وهى الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية ، فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالى ، ثم نردف ذلك ببيان أساس التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى وما يتفرع على ذلك من نتائج وآثار .

المبحث الأول

الحق العينى Le droit réel

تعريف الحق العيني وأنواعه :

الحق العينى هو ذلك الحق الذى يرد على شىء مادى ويخوّل صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشىء تسمح له بالاستئثار بقيمة مالية فيه ، ويكون لصاحب الحق أن يستعمل حقه على الشىء دون حاجة الى مطالبة شخص آخر بتمكينه من استعمال حقه ، لأن هذا الحق ينصب مباشرة على الشىء ، فلا يوجد ثمة وسيط بين صاحب الحق والشىء موضوع الحق .

وإذا كانت الحقوق العينية لها جامع مشترك من حيث ما تخوّله لأصحابها من سلطات مباشرة على الشىء المادى ، إلا أنها تنقسم مع ذلك الى طائفتين .

الطائفة الأولى وتسمى بالحقوق العينية الأصلية Les droits réels principaux وهى حقوق عينية تقوم بذاتها مستقلة ، فلا تستند فى وجودها الى حق آخر تتبعه، وانما توجد مقصودة لذاتها بما تمنحه لأصحابها من سلطة الحصول على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية .

أما الطائفة الثانية فهى الحقوق التبعية les droits réels accessoires وهى على عكس الحقوق العينية الأصلية لا تقوم بذاتها مستقلة وانما تستند فى وجودها الى حق شخصى أخر تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به . كما يطلق على هذه الحقوق العينية التبعية اصطلاح التأمينات العينية .

وعلى ذلك إذا تم وصف الحقوق العينية الأولى بأنها أصلية ، فما ذلك إلا لعدم الخلط بينها وبين الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بذاتها غير مستندة الى حق شخصى تضمن الوفاء به على عكس الحقوق العينية التبعية .

الحقوق العينية الأصلية والتبعية :

قلنا أن الحقوق العينية الأصلية هى التى تلك الحقوق التى تقوم بذاتها مستقلة ، فلا تستند فى وجودها الى حق آخر تتبعه . والحق العينى الأصلى يخوّل لصاحبه الحصول على المزايا والمنافع المالية للشىء المادى محل الحق ، أى يخوْل له سلطة الاستئثار بالقيمة الاقتصادية للشىء . وهذا الاستئثار قد يتسع ليشمل كافة السلطات المتصورة على الشىء وهى سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وقد يضيق الحق العينى عن أن يشمل كافة هذه السلطات ، فلا يشمل منها سوى بعضها .

فحيث تتجمع هذه السلطات فى يد صاحب الحق ، يسمى الحق بحق الملكية وحيث تتوزع هذه السلطات وتتجزأ ، يسمى الحق بالحق العينى المتفرع عن حق الملكية . فنعرض لحق الملكية ثم للحقوق المتفرقة عنه ثم نعرض بعد ذلك للحقوق العينية التبعية .

المطلب الأول

الحقوق العينية الأصلية

الفرع الأول

حق الملكية Le droit de propriété

تعريف حق الملكية :

تقضى المادة ٨٠٢ من القانون المدنى بأن « لمالك الشىء وحده ، فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » .

ومن النص المتقدم يتبيّن ان حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً ، فهو ذلك الحق الذى يرد على شيء من الأشياء ويخوّل لصاحبه الاستئثار بسلطة استعمال واستغلال التصرف فى هذا الشيء وذلك فى حدود القانون .

فللمالك سلطة الاستعمال ، ويقصد بها سلطة المالك فى استخدام ملكه فيما يصلح له من وجوه الاستخدام . فالسيارة تستعمل بركوبها ، والمنزل بسكناه ، والكتاب بقراءته ... فالاستعمال لا يكون بالحصول على ثمار الشيء ، فالحصول على تلك الثمار يدخلنا فى سلطة الاستغلال ، فسكنى المنزل يعد استعمالاً له ، أما تأجيره فهو استغلال له ، ولكن قد يختلط الاستعمال بالاستغلال فى حالات معيّنة ، منها مثلاً ، حالة استغلال الأرض الزراعية حيث يصعب استعمال الأرض دون الحصول على ثمارها . وقد تختلط سلطة الاستعمال بسلطة التصرف وذلك بالنسبة للأشياء التى لا تقبل الاستعمال المتكرر ، وحيث يتضمن استعمالها لأول مرة استهلاكها او التصرف فيها ، كالنقود والمأكولات .

أما سلطة الاستغلال التى تكون للمالك ، فهى سلطة استثمار الشيء أى الحصول على ثماره . وبعبارة أخرى هى سلطة الحصول على ما يغله الشيء من ريع أو دخل .

والثمار هى ما ينتج عن الشيء فى مواعيد منتظمة دورية دون أن يؤدى فصلها عن الشيء الى الاقتطاع من أصله أو انقاص هذا الأصل. وهى على نوعين :

١- الثمار المادية وهى إما أن تكون متولدة بفعل الطبيعة كالكلأ ، فتسمى ثماراً طبيعية ، وإما أن يتدخل الانسان فى انتاجها كالمزروعات فتسمى ثماراً مستحدثة .

٢- الثمار المدنية ، ويقصد بها ما يغله الشيء من دخل نقدى ويتحقق ذلك عندما يسمح مالك الشيء لغيره باستعماله فى مقابل عوض ، كأجرة المنزل والأرض وفوائد النقود فى عقد القرض .

وللمالك سلطة التصرف ، ويقصد بها استخدام الشيء استخداماً يستنفد السلطة المقررة عليه كلياً أو جزئياً. والتصرف نوعان ، مادى وقانونى . فالتصرف المادى معناه استخدام الشيء استخداماً يعدمه كلياً أو جزئياً وذلك بالقضاء على مادة الشيء أو باتلافه أو بتحويل صورته تحويلاً نهائيًا لا يرجعة فيه . أما التصرف القانونى فمعناه أن صاحب الحق يستطيع أن يتنازل عن ملكية الشيء أو

بعض السلطات عليه الى شخص آخر بمقابل أو بدون مقابل .

والواقع أن سلطة التصرف هي التي تميّز حق الملكية عن الحقوق العينية الأخرى ، حيث تثبت هذه السلطات دائماً للمالك ، بينما يجوز أن تثبت سلطتا الاستعمال والاستغلال أو إحداهما لشخص آخر غير المالك .

خصائص حق الملكية :

١- الملكية حق جامع ، ويقصد بذلك أن حق الملكية يخوّل لصاحبه كل السلطات الممكنة على الشيء وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف . ومن هذه الناحية تختلف الحقوق العينية الأخرى عن حق الملكية ، حيث لا تخوّل هذه الحقوق لأصحابها سوى بعض هذه السلطات فقط .

وإذا كان حق الملكية حق جامع على هذا النحو ، إلا أن ذلك لا يحول دون تقييد المشرع لهذا الحق بقيود ترد على هذه السلطات المخوّلة للمالك ، كما يمكن أن يكون مصدر هذه القيود هو الاتفاق .

ويترتب على كون حق الملكية حق جامع انه إذا ادعى شخص أن له حقًا على شيء يملكه غيره (كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن) فعليه اثبات ما يدعيه ، فالأصل هو جمع المالك لكل السلطات على الشيء محل حقه ، ومن يدعى خلافًا لهذا الأصل ، يلزمه اقامة الدليل .

كما يترتب على كون حق الملكية حق جامع كذلك ، أنه إذا أمكن تصور وجود حقوق متفرعة عن حق الملكية ، فإنه يلزم أن تكون هذه الحقوق مؤقتة وليست دائمة كحق الملكية .

٢- الملكية حق استئثاري مانع ، ويقصد بذلك ان هذا الحق يكون مقصوراً على صاحبه دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه . وعلى ذلك لا يمكن أن نتصور أن يكون لشخصين حق ملكية تامة على شيء واحد ، وان كان من الجائز تصور قيام ملكية شائعة لشخصين أو اكثر على ذات الشيء فيتحدد نصيب كل منهم بحصة حسابية . وهذه الخاصة لحق الملكية تخوّل للمالك الحق في أن يمنع غيره من مشاركته في التمتع بسلطات ملكه دون رضاه . كما أن هناك حالات استثنائية تفرض فيها هذه المشاركة بمقتضى القانون خروجاً على الأصل الذي بيّناه (كما هو الحال في حق المرور الثابت للبعض على ارض الغير) . والواقع أن خاصة الاستئثار المانع لا تتعلق فقط بحق الملكية وإنما هي خاصة

تتوافر كذلك فى الحقوق العينية الأخرى ، فإذا كان الحق فى الانتفاع مثلاً يخوّل لصاحبه سلطتيّ الاستعمال والاستغلال ، فإنه لم يقل أحد بأن هذا الحق ليس مانعاً واستئثارياً من حيث جواز مشاركة الغير له فى التمتع بتلك السلطات دون رضاه .

٣- الملكية حق دائم ، لا يقصد بأن الملكية حق دائم ، أنها دائمة بالنسبة لشخص المالك وللأبد ، لأن المالك قد يتخلى عن الشيئ الذى يملكه بأى تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة ، وقد تنتقل الملكية بالوفاة الى ورثة المالك . وانما يقصد بدوام الملكية ، أن الملكية تدوم مادام الشيء المملوك باقياً ولا تزول الملكية إلا بزوال الشيء . ويختلف حق الملكية فى هذا عن سائر الحقوق العينية الأخرى ، لأن هذه الحقوق الأخرى مؤقتة بمعنى أنه مقدر زوالها حتماً كحقوق الانتفاع ، أو متصور زوالها كحقوق الارتفاق .

الفرع الثانى

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

تقسيم :

قلنا أن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية هى تلك الحقوق العينية التى تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص أخر غير المالك .

وهذه الحقوق هى حق الانتفاع ، وحق الاستعمال وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر .

أولاً : حق الانتفاع :

حق الانتفاع ، وهو حق عينى مقرر لشخص على شيء مملوك لغيره ويخوّل له أستعمال الشيء واستغلاله دون التصرف فيه ، حيث تبقى هذه السلطة للمالك. وعلى ذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يستعمل الشيئ بنفسه (سلطة الاستعمال) كما يجوز له أن يستعمل الشيء للحصول على ثماره بايجاره للغير مثلاً (سلطة الاستغلال) .

وحق الانتفاع يرد على العقار والمنقول على السواء . غير أن هذا الحق ، على خلاف حق الملكية ، حق مؤقت مآله الزوال حتماً بأحد الأسباب الآتية : (١) انقضاء

المدة المحددة له إذا كانت قد حددت مدة . (٢) وفاة المنتفع . (٣) ترك المنتفع لحقه . (٤) عدم استعمال المنتفع لحقه مدة خمسة عشر سنة . (٥) هلاك الشيء الوارد عليه حق الانتفاع (م ١/٩٩٣ مدنى) .

ثانيًا : حق الاستعمال وحق السكنى :

يخوّل حق الاستعمال Le droit d'usage لصاحبه سلطة واحدة وهى سلطة استعمال الشئ ، وعلى ذلك إذا كان الشيء أرضًا زراعية فإن حق الاستعمال يخوّل لصاحبه أن يقوم بزراعتها بنفسه ولكنه لا يستطيع أن يقوم بتأجيرها للغير ، لأن ليس له سلطة الاستغلال .

أما الحق فى السكنى Le droit d'habitation فهو عبارة عن حق الاستعمال وارداً على العقارات المبنية . فمن له حق الاستعمال على منزل مملوك للغير ، فإن معنى ذلك أن له الحق فى سكنى هذا المنزل فقط دون تأجيره للغير أو التصرف فيه .

وحق الاستعمال والسكنى ينقضيان حتماً بوفاة المنتفع بأى منهما . ويلاحظ أنه لا يجوز لمن له حق الاستعمال والسكنى أن يتنازل عن حقه للغير ، ويرجع السبب فى ذلك الى أن تقرير هذين الحقين قد روعى فيهما سد حاجة المستفيد وعائلته فقط .

ثالثًا : حق الارتفاق :

حق الارتفاق Le droit de servitude هو تكليف مفروض على عقار معيّن بما يحد من منفعته لفائدة عقار آخر يملكه شخص غير مالك العقار الأول ، أو هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر . ويطلق على العقار المثقل بالاتفاق أى العقار المرتفق به اصطلاح « العقار الخادم » Le fonds servants ، ويطلق على العقار المقرر لفائدته الارتفاق اصطلاح « العقارالمخدوم Le fonds dominant » ، (مادة ١٠١٥ مدنى) .

ومن امثلة حقوق الارتفاق ، الحق فى المرور والحق فى المجرى والمسيل . فلمالك الأرض الزراعية أن يروى أرضه بالمياه التى تأتى له غبر أرض الجار . وكذلك لمالك الأرض البعيدة عن الطريق العام أن يصل الى هذا الطريق عبر أرض جاره .

ويكتسب حق الارتفاق عن طريق العقد والوصية والتقادم ، كما يثبت بنص القانون . وينتقل هذا الحق بالميراث .وينقضى حق الارتفاق إما بهلاك العقار

المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً . كما ينقضى بانقضاء الأجل المعيّن له . كما ينقضى كذلك باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، وينقضى أيضًا بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة .

رابعًا : حق الحكر :

ينظم المشرع حق الحكر فى المواد من ٩٩٩ الى ١٠١٤ من القانون المدنى مستمداً احكامه من الشريعة الاسلامية . ولم يعد جائزاً ترتيب هذا الحق منذ العمل بالقانون المدنى الحالى إلا على الأرض الموقوفة وحدها . وهو لا يقرر إلا لضرورة أو مصلحة .

فحق الحكر هو حق عينى يخوّل لصاحبه الانتفاع بأرض موقوفة عن طريق البناء عليها أو لأى غرض آخر ، مقابل التزامه بدفع مقابل لهذا الانتفاع وهو أجر المثل الذى يمكن ان يزيد أو ينقص حسب ارتفاع سعر ايجار الأرض المحكرة أو انخفاضه ، بغض النظر عما يحدثه فيها من تحسينات أو اصلاحات . ويلاحظ أنه يثبت للمحتكر ملكية ما أقام من بناء أو غرس أو زرع فى الأرض المحكرة . ولقد قيّد المشرع – كما اشرنا – تقرير هذا الحق بجعل التحكير مشروطاً بأن تكون هناك ضرورة أو مصلحة تقتضيه ، ولا يجوز عقده إلا بإذن من المحكمة الابتدائية التى تقع الأرض فى دائرتها ،ويجب أن يتم الحكر فى الشكل الرسمى ، ولا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين عاماً .

ويلاحظ أن حق الحكر لا ينقضى بوفاة المحتكر ، فهو قابل للانتقال الى ورثته إلا انه يزول : (١) بانقضاء المدة المحددة له . (٢) بزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة . (٣) بفسخ العقد . (٤) بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر عاماً .

المطلب الثانى

الحقوق العينية التبعية

(التأمينات العينية)

تعريف :

يتعرض الدائن لمخاطر متعددة ، فقد يحدث عند تحقق الأجل أن يصبح المدين معسراً . او أن يكون للمدين عدة دائنين ، فلا يحصل الدائن على شىء من حقه أو أن يحصل على جزء من هذا الحق . لذلك تنشأ حاجة الدائن الى طلب الأمن

والأمان من هذا الخطر المحدق والمحتمل والذى تمليه قاعدة الضمان العام للدائنين (وضرورة مساواة الدائنين فى هذا الضمان العام) .

هذا التامين قد يكون شخصياً بمعنى أن يطلب الدائن من مدينه تقديم كفيل يكفله فى تنفيذ الالتزام وهذه هى الكفالة . ولكن قد لا يقنع الدائن بهذه الوسيلة من وسائل التأمين لاحتمال أن يصبح الكفيل هو الآخر معسراً . لذلك يطلب الدائن الحصول على تأمين عينى على مال معيّن ، وهذا ما يحدث مثلاً فى الرهن الرسمى. هذا التأمين العينى هو الذى يطلق عليه الحق العينى التبعى . فالحق العينى التبعى يتقرر لضمان الوفاء بالتزام معيّن . ومن الثابت أنه إذا زادت فرص الوفاء بالالتزام قيل أن الدين مضمون بشكل فعال . ووجود تأمين يعد عنصراً فى القيمة الحقيقية للدين بحيث يؤدى زوال أو انقاص هذا التأمين الى التأثير فى الدين ذاته . والمدين الذى يضعف ما قدمه من تأمين أو يتخلف عن تقديمه يعاقب بسقوط الأجل ووفاء الحق . فالتأمين يضمن تنفيذ الالتزام ، وعلى ذلك أمكن نعت التأمين بصفة التبعية . فالتأمين لا يوجد مستقلاً عن دين يضمنه فهو تابع لوجود الدين ، فإذا انقضى الدين أو نشأ باطلاً ، انقضى التأمين أو عدّ باطلاً كذلك . وكذلك إذا أحيل الدين الى الغير ، فإن الحوالة يجب أن تشمل توابع الحق ومن هذه التوابع التأمينات العينية (أو الحقوق العينية التبعية) .

والحق العينى التبعى أو التأمين العينى يجب أن يرد على مال معيّن ، وهو لذلك يخوّل للدائن حقاً عينياً يحتج به على الكافة ، وينتج من ذلك :

أولاً : أن التأمين العينى (أو الحق العينى التبعى) يحقق للدائن المزود به أفضلية على سائر دائنى المدين الآخرين ، فهو يتمتع فى مواجهتهم بحق الأفضلية. وهذا الحق يعد عنصراً اساسياً فى التأمين العينى .

ثانياً : ولأن الدائن المزود بهذا التامين يتمتع بحق عينى ، فإن هذا الحق يخوّل له تتبع المال المخصص لوفاء حقه فى أى يد يكون ، وهذا هو الحق فى التتبع ، والذى يعد عنصراً ثانياً فى التامين العينى .

والدائن ذو التامين العينى يفضل فى هذا الصدد الدائن العادى الذى يمكن أن يفقد كل ضمان له إذا تصرف المدين فى أمواله .

فالتامين العينى يحقق امناً مزدوجاً للدائن ، فهو يأمنه ضد خطر اعسار المدين بما يوفره من حق فى الأفضلية ، كما يؤمنه ضد خطر تصرف المدين فى ماله بما يحققه من الحق فى التتبع .

أنواع التأمينات العينية أو الحقوق التبعية :

وردت الحقوق العينية التبعية فى الكتاب الرابع والأخير من القانون المدنى تحت عنوان « الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية » . وهى بحسب ورودها فى هذا القانون تشمل : الرهن الرسمى وحق الاختصاص . والرهن الحيازى وحقوق الامتياز .

١ - *الرهن الرسمى :*

حق الرهن الرسمى Le droit d'hypothèque هو حق عينى تبعى يترتب للدائن على عقار معيّن بمقتضى عقد رسمى ، ويخوّل له الحق فى أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون . ومن هذا التعريف يتبيّن :

(أ) أن الرهن الرسمى ينشأ من اتفاق بين الدائن المرتهن وبين الراهن . ويجب أن يكون هذا الاتفاق رسميًا ، أى يجب أن يتم أمام الموثق فى الشهر العقارى.

(ب) أن الرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار ولكن ليس بشرط أن يكون هذا العقار مملوكًا للمدين ، فقد يكون مالك العقار شخص آخر غير المدين ، ويسمى الشخص الذى قدم التأمين لضمان دين المدين بالكفيل العينى .

(جـ) أن حيازة العقار المرهون تظل للراهن ، فلا تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن .

(د) أن الرهن الرسمى يخوّل للدائن المرتهن أولوية وأفضلية فى استيفاء حقه من ثمن العقار قبل أى دائن عادى أو دائن مرتهن آخر يتلوه فى المرتبة . كما يخوّل الرهن الرسمى للدائن المرتهن الحق فى تتبع العقار تحت أى يد يكون إذا قام المدين بالتصرف فيه مثلاً .

٢ - *حق الاختصاص :*

حق الاختصاص Le droit d'affecation هو حق عينى تبعى . فيجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشىء معيّن ، أن يحصل - متى كان حسن النية - على حق اختصاص بعقارات مدينة ضمانًا لأصل الدين والفوائد والمصروفات . فمصدر حق الاختصاص هو الحكم القضائى على

خلاف الرهن الرسمى الذى يكون مصدره دائماً العقد الرسمى .

وحق الاختصاص له ذات آثار الرهن الرسمى ، فيكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص ذات الحقوق التى للدائن الذى تقرر له حق الرهن الرسمى ، وبالذات يكون للدائن صاحب حق الاختصاص أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التاليين له فى المرتبة . ولذلك قضى المشرع بأن يسرى على حق الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من احكام.

٣- *الرهن الحيازى* :

حق الرهن الحيازى Le droit de gage هو حق عينى تبعى أو تأمين عينى ، حيث يلتزم شخص بمقتضى العقد ضماناً لدين عليه أو على غيره ، بأن يسلم الى الدائن أو الى شخص اجنبى يعيّنه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوّله حبس الشىء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء فى أى يد يكون . ومن هذا التعريف يتبيّن :

(أ) انه لا يشترط أن يكون عقد الرهن الحيازى عقداً رسمياً على عكس الحال فى الرهن الرسمى .

(ب) أن الرهن الحيازى كما يرد على المنقول ، يرد أيضًا على العقار ، بينما الرهن الرسمى لا يرد إلا على العقار .

(جـ) أن حيازة الشىء المرهون فى الرهن الحيازى تنتقل الى الدائن المرتهن أو الى شخص آخر يعيّنه المتعاقدان على خلاف الرهن الرسمى . ولذلك يلتزم الدائن أو الأجنبى الذى تسلم الشىء المرهون بالمحافظة عليه وادارته واستثماره . ويكون الانتفاع بالشىء لحساب الراهن ، فما يحصل عليه الدائن أو الأجنبى من صافى الريع وما يستفيده من استعمال الشىء يخصم من الدين المضمون بالرهن .

ويراعى أن انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن أو الى أجنبى يعد شرطاً لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، وذلك بالاضافة الى شروط أخرى منها ، انه إذا كان الشىء المرهون عقاراً وجب قيد الرهن كما هو الحال فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص . وإذا كان الشىء منقولاً مادياً وجب أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ . وإذا كان المرهون ديناً عادياً وجب اعلان الرهن الى المدين أو قبوله إياه .وإذا

كان المرهون دينًا ثابتًا فى سند رسمى وجب ان يكون هناك نزول يذكر فيه أنه تم على سبيل الضمان ويؤشر به على السند ويقيّد فى سجلات المؤسسة التى أصدرت السند ،وإذا كان الدين ثابتًا فى سند اذنى وجب تظهير السند بما يفيد أن القيمة للضمان ، أما إذا كان الدين فى سند لحامله وجب أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ كما هو الشأن بالنسبة للمنقول المادى .

(د) أن هذا الرهن يخوّل للدائن المرتهن الأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة من أصحاب الحقوق العينية الأخرى . كما يثبت للدائن المرتهن رهنًا حيازيًا الحق فى حبس الشيء المرهون فى يده الى حين استيفاء الدين ، فإذا تصرف الراهن فى الشيئ المرهون ، كان للدائن المرتهن ان يمتنع عن تسليمه الى المتصرف اليه حتى يقضى له دينه .

٤- حقوق الامتياز :

حق الامتياز Le droit de privielège هو تأمين عينى أو حق عينى تبعى ويعرفه القانون المدنى بأنه أولوية يقررها القانون لحق معيّن مراعاة منه لصفته ، وأنه لا يمكن أن يكون للحق امتيازًا إلا بمقتضى نص فى القانون .

فقد يرى المشرع فى دين معيّن أنه أولى بالرعاية ، ولذلك يجب أن يوفى أولاً قبل غيره من الديون . فقد لاحظ المشرع صفة معيّنة فى الحق ذاته لا صفة معيّنة فى شخص صاحبه ، مثال ذلك دين النفقة ، فقد رأى المشرع وجوب رعاية دين النفقة ، ولذلك قرر لهذا الدين امتيازًا ، بمعنى أنه يجب الوفاء بدين النفقة قبل غيره من الديون . وكذلك يرى المشرع فى الحق الواجب للدولة (الخزانة العامة) أنه أولى بالرعاية ، ولذلك يجب الوفاء به قبل غيره من الديون رعاية للمصلحة العامة ،وكذلك يمنح القانون لدين الأجرة إمتيازًا يخوّل للمؤجر الحق فى استيفاء الأجرة المستحقة له من ثمن المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين المؤجرة وذلك عند التنفيذ على هذه المنقولات .

ويقسم القانون حقوق الامتياز من حيث الأموال التى ترد عليها الى حقوق امتياز عامة ، وحقوق امتياز خاصة :

١- فحقوق الامتياز العامة ، هى الامتيازات التى ترد على كل أموال المدين سواء كانت منقولات أم عقارات . ومثال هذه الامتيازات ، امتياز الخزانة العامة ، وامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر من أجورهم

ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة . ومن أمثلتها كذلك امتياز دين النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة .

ويراعى أن حقوق الامتياز العامة تختص بحكمين تختلف فيهما عن بقية الحقوق العينية التبعية . حيث أنها حقوق لا يجب شهرها ولو كان محلها عقاراً ، كما أنها لا تخوّل صاحبها حق التتبع ، فإذا تصرف المدين فى مال من أمواله ، فلا يجوز للدائن التنفيذ على هذا المال . فهى تخوّل الدائن فحسب حق التقدم فى استيفاء دينه عند التنفيذ على ما يكون لدى المدين من أموال فى لحظة هذا التنفيذ.

٢- أما حقوق الامتياز الخاصة ، فهى حقوق ترد على مال معيّن من أموال المدين ، سواء اكان هذا المال منقولاً أم عقاراً ، وهى تخوّل للدائن حق التقدم وحق التتبع وهى :

(أ) امتيازات خاصة واقعة على منقول : ومن أمثلتها امتياز البائع الذى يرد على المنقول المباع وامتياز مؤجر العقار الذى يرد على المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين المؤجرة .

(ب) امتيازات خاصة واقعة على عقار : وهى الامتيازات التى تقع على عقار معيّن مملوك للمدين كامتياز بائع العقار وامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم بتشييد أبنية أو منشآت او فى اعادة تشييدها او ترميمها أو فى صيانتها ، فيرد هذا الامتياز على تلك المنشآت .

المبحث الثانى

الحق الشخصى Le droit personnel

تعريف الحق الشخصى :

الحق الشخصى هو « رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما - وهو المدين - فى مواجهة الاخر - وهو الدائن - بأن يقوم بعمل أو بالامتناع عن عمل معيّن . ويسمى الحق الشخصى حقاً إذا نظر اليه من ناحية الدائن ، والتزاماً أو ديناً إذا نظر اليه من جهة المدين » . وعلى ذلك لا يمكن للدائن فى الحق الشخصى أن يحصل على حقه إلا بتدخل شخص أخر هو المدين .

فرب العمل دائن للعامل بعمل معيّن ، لا يستطيع رب العمل أن يقتضى حقه إلا بتدخل المدين وهو العامل . وكذلك فمن تعاقد مع شخص آخر على أن يرسم له لوحة معيّنة لا يستطيع أن يحصل على حقه (اللوحة) إلا بتدخل الشخص الآخر. وعلى هذا النحو يختلف الحق الشخصى عن الحق العينى ، حيث أن الحق الأخير كما قلنا يتميّز بأنه سلطة مباشرة على شيء معيّن ، ولذلك يحتج به على الكافة ، بينما الحق الشخصى حق نسبى لا ينتج أثره إلا فى مواجهة المدين ولا يحتج به إلا عليه .

ويلاحظ أن « اصطلاح (الحق الشخصى) الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص ، وتحققه عن طريق شخص معيّن غير صاحبه . ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح (حق الدائنية droit de créance) خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الأشخاص إذا نظر اليها من ناحية الدائن ، فضلاً عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح (الحق الشخصى) واصطلاح (حق الشخصية) الملازم للانسان واللصيق بالشخصية » .

كما يطلق على الحق الشخصى اصطلاح الالتزام obligation ، وقد شاع استعمال هذا الاصطلاح الى حد أن المشرع نفسه ، رغم استخدامه للتعبيرين (الحقوق الشخصية ، الالتزامات) فى عنوان القسم الأول من القانون المدنى ، لم يستعمل للدلالة على هذه الرابطة فى نصوص المواد سوى لفظ الالتزام .

أركان الحق الشخصى :

للحق الشخصى أو الالتزام أو حق الدائنية أركان ثلاثة هى :

١- الركن الأول وهو طرفا الحق أى الدائن (والذى يظهر الحق الشخصى فى ذمته كعنصر ايجابى) والمدين (والذى يظهر الالتزام فى ذمة المدين كعنصر سلبى) . ويشترط القانون فى طرفىّ الحق أن يكونا أهلاً ، وأن تكون ارادتهما سليمة لا يشوبها اى عيب من عيوب الارادة .

٢- الركن الثانى من أركان الحق يتمثل فى المحل ، فلا بد لكل حق شخصى من محل . ومحل الحق الشخصى يكون إما اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معيّن .

٣- أما الركن الثالث فيتمثل فى عنصر الحماية القانونية الواجبة لهذا الحق .

هذه الحماية للحق يمكن أن تمارس عن طريق الدعوى . والواقع أن الالتزام أو الحق الشخصى يتحلل الى عنصرين : عنصر المديونية ، وعنصر المسؤولية . أما عنصر المديونية فيتمثل فى واجب خلقى يقع على عاتق المدين حيث يلتزم أخلاقياً بوفاء ما التزم به . أما عنصر المسؤولية فهو يعنى أن المدين عندما لا يذعن الى نداء الواجب الخلقى ، فإن عنصر المسؤولية فى الالتزام يتحرك ويخوّل للدائن الحق فى الاتجاه الى القضاء لكى يكره هذا المدين على تنفيذ ما التزم به . ولكن ليست كل الالتزامات من هذا النوع ، فهناك نوعاً منها لا يتوافر فيه سوى عنصر الواجب الخلقى حيث يتخلف فيه عنصر المسؤولية وهذا هو الشأن فى الالتزامات الطبيعية حيث لا يمكن تنفيذ الالتزام الطبيعى قهراً على المدين كما هو الحال فى الالتزامات المدنية التى توافر فيها عنصر المسؤولية .

أنواع الحقوق الشخصية :

يجب أن نلاحظ أن الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر كما هو الشأن فى الحقوق العينية ، فهى تتنوع بتنوع الأداء الذى يلتزم المدين بالقيام به . والقاعدة فى هذا الصدد أن للأفراد الحرية فى أن يتفقوا على ما يروق لهم من حقوق لتنظيم مصالحهم طبقاً لمبدأ سلطان الارادة ، وحريتهم فى هذا لا يحدها إلا أن يكون اتفاقهم غير مخالف للنظام العام والآداب .

ويلاحظ ان الأداء الذى يلتزم المدين بالقيام به تتعدد صوره ، فعلى أساس هذا الأداء ينقسم الالتزام الى التزام باعطاء والتزام بعمل والتزام بامتناع عن عمل . ويلاحظ أن مضمون الأداء ، فى كافة صوره ، عمل يقوم به المدين . غير أن هذا العمل قد يكون عملاً سلبياً وهذا هو الالتزام بالامتناع عن عمل ، وقد يكون هذا العمل ايجابياً ، ويتمثل هذا فى صورتين ، أن يكون العمل محض عمل ايجابى أياً كان وهذا هو الالتزام بالعمل ، وقد يكون العمل متمثلاً فى نقل حق عينى أو تقريره على شىء وهذا هو الالتزام باعطاء .

فنعرض لهذه الصورة من صور الالتزام .

١ - *الالتزام بعمل :*

وهو الالتزام بالقيام بعمل ايجابى غير الاعطاء ، ومثاله التزام العامل بالعمل لدى رب العمل ، والتزام المقاول ببناء منزل ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بها . والتزام الممثل بالعمل فى مسرح معيّن .

٢- الالتزام بالامتناع عن عمل :

وهذا هو الالتزام السلبى ، حيث يجب على المدين الامتناع عن القيام بعمل كان يملك القيام به قانونًا . من ذلك التزام بائع لمحل التجارى بعدم فتح محل تجارى أخر من نفس النوع فى المنطقة التى يوجد فيها المحل الأول ، ويسمى هذا الالتزام بالالتزام بعدم المنافسة . ومثاله أيضًا التزام الممثل بعدم التمثيل إلا فى الأفلام التى تنتجها الشركة التى تعاقد معها طوال مدة التعاقد .

« ومن ذلك أيضًا حالة ما إذا اشترى شخص منزلاً فى حى مخصص للسكنى الهادئة واشترط عليه البائع الا يجعل من هذا المنزل مقهى أو مطعمًا . وذلك إذا كانت للبائع مصلحة فى ذلك ، كما لو كان يملك عقارًا أخر فى نفس الحى ، أو الالتزام بعدم تجاوز حد معيّن فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته وهو التزام كثيرًا ما تشترطه شركات الأراضى عند بيع قطعة من أراضيها » .

٣- الالتزام بإعطاء :

يلاحظ أنه فى الالتزام بإعطاء لا يكون محل الالتزام هو الشىء الواجب نقل ملكيته أو انشاء حق عينى أخر عليه ، بل أن المحل هو العمل الذى يجب على المدين أن يقوم به لكى يتم نقل الحق أو انشاؤه .

فالبائع أو الواهب يلتزم بنقل ملكية الشيئ المبيع أو الموهوب الى المشترى أو الموهوب له . وقد يلتزم مالك العقار بانشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار أخر ، أو يلتزم بانشاء رهن عليه ضمانًا لدين فى ذمته .

كما تعد أيضًا من صور الالتزام باعطاء ، الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، كالتزام المشترى بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة ،والتزام المقترض برد مبلغ القرض ، والتزام من تسبب بخطئه فى الاضرار بالغير بتعويض المضرور .فالالتزام هنا محله نقل ملكية شىء منقول ، هو مبلغ النقود ، الى الدائن بائعًا أو مؤجرًا أو مقرضًا أو مضرورًا .

يتبيّن مما تقدم مدى تنوع الحقوق الشخصية . ويلاحظ أن المشرع قد نظم بعض هذه الحقوق . فنظم الالتزامات التى تنشا بغير اتفاق بين الدائن والمدين ، كالالتزام بتعويض الضرر الذى تسبب فيه الشخص بخطئه . كما نظم أيضًا الالتزامات التى تنشا بناء على اتفاق الطرفين ، فقام بوضع قواعد تفصيلية لتنظيم بعض العقود كعقد البيع والايجار والتأمين والوكالة والمقاولة والكفالة ... ،

ويطلق على العقود التى نظمها المشرع اصطلاح « العقود المسماة » .

ولكن يجوز للأفراد – كما أشرنا من قبل – ان يتفقوا ، على انشاء عقد غير مسمى لم ينظمه القانون ، كما لهم الحق كذلك فى تضمين عقد مسمى احكاماً تختلف عن تلك التى نص عليها المشرع . فللأفراد أن يعدلوا من أحكام الحقوق الشخصية التى نظمها القانون ، ولهم ان ينشئوا حقوقاً شخصية جديدة . ولا يحد من حرية الارادة فى ذلك (أو من مبدأ سلطان الارادة) إلا قواعد النظام العام والآداب .

المبحث الثالث

أساس التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى والنتائج المترتبة على ذلك

أساس التفرقة :

ان تقسيم الحقوق الى عينية وشخصية هى تفرقة تقليدية قديمة ، وهى تقوم على أسس اقتصادية محققة . فالثروة عند علماء الاقتصاد تتكوّن من اموال وخدمات ، ومن ثم وجب أن تختلف الحقوق باختلاف مجالها ، فهى عينية إذا انصبت على الأشياء وهى شخصية إذا انصبت على قوى الانسان .

وهذان النوعان من الحقوق يعتبران المصدرين الكبيرين للوسائل المنوط بها اشباع الحاجات الانسانية : القوى الكامنة فى الطبيعة والقوى الكامنة فى الانسان.
« ففى الحق العينى (الأصلى على الأقل) تتأدى قوة الطبيعة مباشرة بواسطة صاحب الحق ، فالحق العينى يتضمن سلطة ومن ثم يهيمن صاحب الحق العينى على قوة الطبيعة الخام لا على القوى المدركة عند الانسان ، أما فى الحق الشخصى فينصب على قوى المدين ، أى على الأداء Prestation الذى يقوم به المدين . حقيقة أن الفرد يفضل الحق العينى على الحق الشخصى ، ولكن ليس كل ما يتمنى المرء يدركه . فعندما لا تكون الأموال ملكاً لنا ، أو لم توجد بعد لا نستطيع الوصول اليها إلا بمعاونة من تزيد لديهم هذه الأموال على حاجاتهم أو من يستطيعون انتاجها أو تقديمها » .

ومعنى ما تقدم أن أساس التفرقة – من الناحية القانونية – أن الحق العينى

يخوّل لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء المادية ، فلا يوجد فى الحق العينى إلا عنصران : شخص هو صاحب الحق ، وشيء هو محل الحق . أما الحق الشخصى او حق الدائنية فهو يخوّل لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معيّن بعمل أو بامتناع عن عمل وذلك بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية، بحيث يتوافر فى هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف ايجابى هو صاحب الحق أو الدائن، وطرف سلبى هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل الحق وهو العمل أو الامتناع عن العمل الملتزم به الطرف السلبى .

الانتقادات التى وجهت الى هذه التفرقة والرد عليها :

برغم أن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى تفرقة قديمة تقليدية وقد استقرت فى الفقه وفى التشريع الوضعى على حد سواء ، إلا ان هناك من هاجم هذه التفرقة ، سواء فى ذلك انصار المذهب المادى وأنصار المذهب الشخصى على اختلاف بينهما فى سبب الهجوم .

فيرى انصار المذهب المادى الغاء هذا التقسيم وقصر الحقوق المالية على نوع واحد هو الحق العينى ، فالحق الشخصى لديهم ، وان انصب على عمل ، فالعبرة فيه يجب أن تكون بقيمة العمل المالية لا العمل فى ذاته . فلم يبق إلا أن يسووا الأعمال بالأشياء حتى يصبح الحق الشخصى ينصب على شيء مثاله فى ذلك مثال الحق العينى . ولما كان الحق الشخصى قد أصبح بذلك كالحق العينى وجب عندهم أن يندمج الحق الشخصى فى الحق العينى ومن ثم وجب قصر الحقوق المالية على نوع واحد فقط هو الحق العينى .

ولكن – وكما قال البعض بحق – لا يجوز أن يدمج الحق الشخصى فى الحق العينى لمجرد أن الأول يشترك مع الثانى فى أن له قيمة مالية . ان الحقوق المالية وسائل لاشباع حاجات تقوّم بالمال ولكن هذه الوسائل تختلف فيما بينها ، فقد يكون القصد منها تحقيق المبادلة بين الأشخاص ، الأمر الذى يترتب عليه أن يلتزم الشخصان كل منهما او أحدهما قبل الآخر ، التزاماً مباشّرا ، وهذا هو الحق الشخصى . وقد يكون القصد من هذه الوسائل انتفاع الشخص انتفاعاً مباشراً بشيء ، أو اقتضاء حقه مباشرة من ثمن ذلك الشيء ، وهذا هو الحق العينى بنوعيه الأصلى والتبعى .

أما أنصار المذهب الشخصى فيرون كذلك ضرورة الغاء هذا التقسيم الثنائى ويرون قصر الحقوق المالية على نوع واحد هو الحق الشخصى . فيرى هؤلاء –

وعلى رأسهم الفقيه الفرنسى بلانيول Planiol - ترك معيار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى على أساس محل الحق ، والبحث عن معيار آخر . فقالوا ان الحقوق جميعًا تفترض علاقات بين الأشخاص ، إذ أن الواجبات لا تلزم إلا الأشخاص ، يشترك فى ذلك الحق العينى والحق الشخصى . ولا يختلف هذان الحقان - فى نظرهم - إلا فى المدين بالحق وفى مضمون التزامه . ففى حين أن المدين فى الحق الشخصى شخص معيّن أو أشخاص معيّنين يرتبطون بالدائن ، نجد الحق العينى يربط صاحبه بالناس كافة . وإذن ،فكما أن الحق الشخصى يقابله التزام ، فإن هناك التزامًا يقابل الحق العينى . ولكن هذا الالتزام سلبى دائمًا، فالناس كافة ملتزمة بعمل سلبى اى بالامتناع عن عمل : بالامتناع عن التعرض لصاحب الحق العينى فى مباشرة حقه . أما التزام المدين أو المدينين المعينين فى الحق الشخصى ، فقد يكون التزاماً ايجابياً - القيام بعمل - أو التزاماً سلبياً - الامتناع عن عمل ، على حسب الأحوال .

كما يضيف انصار المذهب الشخصى الى قولهم السابق ، أن السلطة المباشرة على الشيء والتى يقوم عليها التعريف التقليدى للحق العينى ، ما هى إلا ما يسميه القانون بالحيازة . والحيازة كما تكون للمالك ، وهو صاحب حق عينى ، تكون كذلك للسارق ، كلاهما له سلطة فعلية على الشيء ، وانما يفرق بينهما أن أحداً لا يلتزم باحترام حيازة السارق ، بينما يلتزم الناس باحترام حيازة المالك . ومرجع هذه التفرقة الى ما هنالك من علاقة ملزمة تربط الكافة بالمالك ، بينما لا يوجد شيء من ذلك بالنسبة الى السارق . فطبيعة الحق لا تعتمد على استعمال الشيء فى ذاته ،وانما على العلافات التى تربط صاحب الحق بغيره من الناس .

وقد انتقد الرأى المتقدم بالانتقادات الآتية :

أولاً : ان الثابت أن جوهر كل حق - شخصياً كان أم عينياً ، مالياً أو غير مالى - هو فرض واجب احترامه على الكافة . فهذا الالتزام السلبى العام الذى يتميّز به الحق العينى - كما يقول انصار المذهب الشخصى - يعد قائماً بالنسبة لجميع الحقوق ، فهو ليس إلا تعبيراً عن فكرة الحماية القانونية التى تشترك فى تكوين كل حق .ومادام الأمر كذلك فإن فكرة الالتزام السلبى العام لا تصلح أساسًا لتمييز بعض الحقوق عن بعض . فكما أن على الناس كافة احترام حق المالك بألا يعتدوا على ملكه ، فإن عليهم أيضًا احترام حق الدائن وعدم التعرض له . فالناس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فيما يكفله له القانون من قدرة اقتضاء أداء معيّن من شخص معيّن ، فمثلاً صاحب المصنع الذى يحرض عاملاً يعمل عند غيره على الاخلال بالتزامه التعاقدى قبل هذا الغير بترك العمل

قبل انتهاء مدة العقد ليعمل عنده ، انما يعد مخلاً بالالتزام السلبى العام المفروض على الكافة باحترام الحقوق أياً كان نوعها ، فيلتزم بالتعويض عما أحدثه فعله من ضرر للغير .

ثانياً : ان هذا الالتزام السلبى العام انما يختلف كل الاختلاف عن الالتزام بمعناه الفنى الدقيق . « فالالتزام بالمعنى الأخير يفترض قيداً على حرية المدين كما قررها له القانون قبل نشأة الالتزام . وعلى ذلك فالالتزام بهذا المعنى يتضمن فكرة عدم المساواة بين من هو مدين ومن ليس مديناً ، فى حين أن الالتزام باحترام حق صاحب الحق العينى انما هو التزام يرد على الكافة ، وهو بذلك قائم على أساس من المساواة . ومن ناحية أخرى فإن الالتزام بمعناه الفنى يجب أن يكون محدداً من حيث مضمونه ومن حيث شخص المدين ، فإذا حددنا مضمون التزام المدين أمكن تحديد مضمون حق الدائن . والحال غير ذلك بالنسبة للحق العينى ، فإننا إذا حددنا مضمون الالتزام السلبى العام ، وهو مجرد الامتناع عن الاعتداء على الحق ، فإننا لا نكون قد فعلنا شيئاً يذكر فى سبيل تحديد مضمون الحق العينى نفسه».

« ولا يجوز أن يرد على ذلك بأن شخص المدين ومضمون الالتزام السلبى العام المقابل للحق العينى يتحدد إذا ما اعتدى على الحق فيكون المدين هو المعتدى ويصبح ملتزماً بتعويض الضرر الناشئ عن اعتدائه . لا يجوز أن يقال ذلك : فأولاً مقتضى مثل هذا القول أن الالتزام كان قائماً قبل تحديد شخص المدين ، وهذا غير مقبول . وثانيًا لكى نعرف ان كان هناك اعتداء على الحق العينى ، وبالتالى لكى نحدد مضمون الالتزام بالتعويض ، يجب أن نحدد قبل ذلك مضمون الحق العينى نفسه . فكأننا ، إذا عرّفنا الحق العينى بالالتزامات التى تترتب على الاعتداء عليه ، نكون كمن يدور فى حلقة مفرغة . وأخيراً ، ان هذا الاعتداء لا يحدد مضمون الالتزام السلبى العام ولا يحدد المدين به ، وانما هو ينشىء حقاً جديداً مستقلاً عن الحق العينى المعتدى عليه . وهذا الحق الجديد حق شخصى يقابله التزام المعتدى بالتعويض ، والالتزام بالتعويض التزام بالمعنى الفنى الدقيق » .

ثالثًا : أما كون الناس يلتزمون باحترام حيازة المالك ولا يلتزمون باحترام حيازة السارق ، فإن ذلك لا يرجع الى نوع العلاقة التى تربط الحائز بالناس ، وانما يرجع الى أن القانون يعترف للمالك بسلطة على الشىء ولا يعترف بها للسارق ، وهذه السلطة القانونية هى الجوهر المميّز للحق العينى . وفضلاً عن كل هذا فإن

الواجب العام باحترام الحق العينى وغيره من الحقوق لا يعتبر عبئاً ولا يظهر عنصراً فى الذمة . ولا حصر للواجبات العامة التى تقع على عاتق كل فرد ، أما التزام المدين فى الحق الشخصى فواجب خاص يكون عبئًا عليه ويظهر عنصراً سلبياً فى ذمته . ومقتضى ذلك ان الحق العينى لا يمثله سوى عنصر ايجابى فى ذمة صاحبه ، بينما الحق الشخصى يمثله عنصر ايجابى فى ذمة الدائن يقابله عنصر سلبى فى ذمة المدين .

نخلص من كل ما تقدم ، أنه يجب الابقاء على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، فهى تفرقة محتومة بين هذين النوعين من الحقوق إذ هما يختلفان اختلافاً ظاهراً فى المحل : فمحل الحق العينى شىء من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصى أداء معيّن اى عمل أو امتناع عن عمل .

نتائج التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى :

رأينا أن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى هى تفرقة ترجع الى جوهر كل من الحقين ، ولهذه التفرقة أهميتها من وجوه كثيرة منها :

أولاً : أن الحق العينى وطالما كان سلطة مباشرة للشخص على الشىء ، فإن مقتضى ذلك أن هذا الحق لا بد أن يرد على شىء محدد بالذات ، فلا بد فى حق الملكية أو فى أى حق عينى متفرع عنه من تحديد محله . أما إذا نشأت رابطة قانونية بصدد شىء غير محدد بالذات ، فإن هذه الرابطة لا ترتب سوى حق شخصى . فالبيع مثلاً قد يرد على شىء غير معيّن بالذات ، كتاجر غلال يبيع كمية من القمح دون أن تحدد الكمية المبيعة بالذات ، فيكون مديناً بنقل ملكية ما تعهد به ، ولا يكون للمشترى سوى حق شخصى ، ولا يصبح مالكاً إلا بافراز الكمية المبيعة ، اى بعد أن تعين بالذات .

ثانياً : طالما كان الحق العينى يخوّل سلطة ترد مباشرة على الشىء ، فلا بد من وجود هذه السلطة أن يوجد الشىء الذى ترد عليه ، أى يجب أن يكون الشىء محل الحق العينى حالاً . فالعقود التى ترد على أشياء مستقبلة كبيع المحصول قبل ظهوره ، وهى عقود صحيحة طبقاً للقانون ، لا تنشىء إلا حقوقاً شخصية محلها عمل المدين فحسب ، أما الحق العينى فلا يوجد إلا بوجود الشىء .

ثالثاً : الحق العينى حق مطلق droit absolu والحق الشخصى أو حق الدائنية حق نسبى droit relatif . فالحق العينى يحتج به وينتج أثره فى مواجهة الكافة ،

بينما لا ينتج الحق الشخصى أثره ولا يحتج به إلا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين . والسبب فى ذلك أن الحق العينى يخوّل لصاحبه سلطة مباشرة على الشىء محل الحق دون حاجة الى وساطة أحد ، وهذه السلطة مطلقة سارية ونافذة فى مواجهة الجميع مادامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشىء الذى يمارس عليه صاحب الحق سلطته . أما الحق الشخصى ، فعلى العكس . لا يربط ما بين شخص وشىء وانما يتمثل فى قدرة صاحب الحق فى اقتضاء أداء معيّن من شخص آخر ، فلا يتحقق حصول صاحب الحق على حقه إلا بتدخل هذا الشخص ، فهو إذن حق قاصر أو نسبى بحيث لا ينتج أثره أو يحتج به إلا فى مواجهة شخص معيّن أو أشخاص معيّنين .

رابعاً : طالما كان الحق العينى يتمثل فى سلطة مباشرة على شىء ، فإنه يترتب على ذلك أن يكون فى استطاعة صاحبه أن يباشره على الشىء فى أى يد يكون ، بمعنى انه يتتبع الشىء محل الحق إذا انتقلت حيازته الى شخص آخر ، حيث يتمسك بحقه فى مواجهة كل من يحوز الشىء . وهذا ما يطلق عليه الحق فى التتبع droit de suite .

وحق التتبع هذا يتوافر فى شأن كافة الحقوق العينية ، الأصلية منها والتبعية. فالمالك الذى يخرج الشىء المملوك له من تحت يده ، كأن يصبح فى يد غاصب أو سارق ، يمكنه أن يتتبع الشىء بمقتضى حقه العينى فيطالب به ضد من يحوزه . أيضاً فصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى يمكنه أن يباشر حقه على الشىء ولو باع المالك الشىء الى شخص آخر . كما يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يباشر مكنات حقه فى حالة تصرف المالك فى الرقبة الى شخص آخر . كما يتمتع بهذه الميزة أيضاً صاحب الحق العينى التبعى ، وبمقتضاها يستطيع أن ينفذ على الشىء الذى ورد عليه حقه تحت أى يد يكون .

أما الحق الشخصى فلا يخوّل لصاحبه حق التتبع حتى ولو تعلق الحق بشىء ما . فلو اشترى شخص كمية من القمح دون تعيين هذه الكمية بذاتها ، كان حق المشترى حقاً شخصياً ، فإذا باع التاجر ما لديه من قمح الى شخص آخر ، فلا يكون للمشترى الأول أن يطالب المشترى الثانى بشىء ، إذ ليس له على القمح أى حق عينى ، وانما يقتصر حقه على مطالبة البائع بتعيين الكمية وتسليمها ، وبالمثل أيضاً لايكون لمشترى عقار لم يسجل عقد البيع أو يقيّده فى السجل العقارى أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشترى جديد له قام باجراءات التسجيل ، إذ

ليس له قبل التسجيل سوى مجرد حق شخص قبل البائع وهو حقه فى مطالبته بنقل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فضلاً عن ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تخوّل له حق تتبعه فى اى يد يكون .

على أن حق التتبع يتوقف فى بعض الحالات على ضرورة اتخاذ اجراء محدد هو الشهر او القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية ، فلكى يتمسك صاحب حق الرهن الرسمى بميزة التتبع لا بد أن يكون قد قيّد حقه وفقاً لما ينص عليه القانون.

وقد يتعطل حق التتبع فى شأن المنقولات لضرورة يقدرها النظام القانونى . فمن المقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز إذا كان حسن النية . ومقتضى هذه القاعدة أن مالك المنقول لا يستطيع أن يتتبع الشىء تحت يد الحائز حسن النية ، ومرد هذه القاعدة أن القانون قد اعتبر الحائز حسن النية مالكاً شرعياً للمنقول ، وبالتالى يفقد المالك الحقيقى (السابق) سلطته فى تتبع الشىء .

وقد يتعطل حق التتبع - أخيراً - نتيجة لما قد يقرره القانون من قواعد تستهدف حماية الأوضاع الظاهرة ، كما فى حالة تحصين تصرفات الوارث الظاهر فى مواجهة الوارث الحقيقى فى بعض الحالات .

خامساً : يخوّل الحق العينى دون الحق الشخصى ميزة أو حق الأفضلية droit de préférence فالحق العينى يرد مباشرة على شىء فهو يفترض حتماً ، إذا نشأ صحيحاً مستكملاً لعناصر وجوده ، انه لايوجد على الشىء حق أخر يتعارض معه. ولذلك فمن جوهر الحق العينى هو استبعاد كل مزاحمة فى حدود مضمونة، وهذا هو حق الأفضلية . فالحقوق العينية لا تتزاحم على ذات الشىء الواحد ، ولكنها تتتابع ، فيأتى بعضها فى اثر بعض .

وميزة الأفضلية تبدو اكثر وضوحًا فى شأن الحقوق العينية التبعية ، فإذا تقرر لدائن حق رهن على شىء مملوك لمدينه ، كان له أن يستبعد كل مزاحم فى حدود مضمون حقه ، أى فى حدود سلطته فى استيفاء دينه من القيمة النقدية للشىء المرهون فتكون له الأولوية فى ذلك . فيفضل على الدائن الذى تقرر له حق رهن على ذات الشىء فى تاريخ لاحق على نشوء حقه ، ويفضلان معاً على الدائن العادى .

يتبيّن مما تقدم ، أن الأفضلية ، كالتتبع ، ليست شيئاً جديداً يضاف الى الحق العينى بل هى من جوهره ذاته ومظهر من مظاهر عينية الحق . ولذلك فالحقوق

العينية تتميّز بالأفضلية . وقد نازع بعض الفقهاء فى ذلك ، فقصروا الأفضلية على الحقوق العينية التبعية وهى التى تتقرر ضماناً لحق شخصى، كالرهن ، دون غيرها، ويرجع هذا الرأى الى أن أصحابه قد انحصر بحثهم فى صورة واحدة هى الأولوية فى الاستيفاء من قيمة الشىء المالية فحسب . فى حين أن هذه الأولوية ليست إلا تطبيقاً من تطبيقات فكرة الأفضلية التى تنحصر فى استبعاد كل مزاحم لصاحب الحق العينى فى حدود مضمون حقه . ولذلك تختلف تطبيقات فكرة الأفضلية باختلاف مضمون الحقوق العينية » .

اما الحق الشخصى – او حق الدائنية – فهو لا ينصب على شىء معيّن وانما يرد على عمل المدين ، ولذلك لا يتضمن هذا الحق ميزة الأفضلية . فإذا تعدد الدائنون الشخصيون كانوا جميعاً سواء بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم، فإذا اعسر المدين وبيعت أمواله اقتسم هؤلاء الدائنون ثمن هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرماء . فإذا التزم شخص قبل آخر بالتزام معيّن – دفع مبلغ من النقود مثلاً – فلا يوجد ما يمنع من أن يلتزم بالتزام مماثل قبل شخص آخر وهكذا دون حد طالما يجد من يأتمنه . فإذا حل أجل تنفيذ هذه الالتزامات ، فقد لا يستطيع المدين أن يفى بها جميعًا ، فيتزاحم الدائنون . والقاعدة فى فض هذا التزاحم هى المساواة اى أن يتحمل كل دائن نصيبًا من الخسارة ، فيقتسمون أمواله قسمة غرماء ، ولا يستطيع أحدهم أن يدعى أن له أفضلية على غيره من الدائنين .

سادساً : ان الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر ، فأى عمل أو امتناع عن عمل يمكن أن يكون محلاً للحق الشخصى طالما تم ذلك فى حدود النظام العام والآداب كما أشرنا من قبل . ولذلك تتعدد الحقوق الشخصية بتعدد النشاط غير المحصور لصور النشاط الانسانى .

أما الحقوق العينية فقد وردت فى القانون على سبيل الحصر ، فلا تستطيع ارادة الأفراد ابتداع حق عينى لم يرد ذكره فى القانون . ويرجع السبب فى ذلك الى أن الحق العينى إذا كان أصلياً فهو يخوّل لصاحبه سلطة مباشرة على الشىء . فإذا تصورنا أن يكون للأفراد الحق فى انشاء مثل هذا الحق العينى ، فمعنى ذلك أن يسمح للأفراد بتجزئة السلطات على الشىء الواحد ويؤدى ذلك الى سوء استغلال الثروات القومية . فمن المصلحة العامة ولحسن استغلال الثروات أن تكون السلطات التى ترد على الشىء مجمعة فى يد شخص واحد وأى استثناء من ذلك

لا بد أن يقرره القانون صراحة . كما أن الحق العينى التبعى يخوّل لصاحبه حقاً فى الأفضلية خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين ولا يمكن ان يملك زمام الخروج على هذه القاعدة سوى المشرع ولذلك تقصر ارادة الأفراد على أن تبتدع الحق العينى الأصلى أو التبعى .

كما أن الحق العينى – كما رأينا – له صفة مطلقة ، فهو يحتج به على الكافة . وهذا الأثر الخطير للحق العينى لا يجوز ترتيبه إلا فى الحدود التى أرادها المشرع .

سابعًا : ومن النتائج التى يرتبها الفقه على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى . ان التنازل عن الحق الشخصى يقتضى موافقة المدين وفقاً لقواعد الابراء ، ويرجع السبب فى هذه القاعدة الى أن الحق الشخصى هو رابطة بين الدائن والمدين ، فلا يجوز للدائن فيها أن يتنازل عن حقه بغير رضاءالطرف الآخر. أما بالنسبة للحق العينى فإن انتفاء وجود الطرف السلبى المحدد ، واعتباره سلطة مباشرة على الشىء تتحقق بغير وساطة أحد ، يؤدى الى امكان التنازل عن الحق بترك الشىء دون توقف على ارادة أحد .

ثامنًا : ان الحيازة ترد على الحقوق العينية التبعية والتى تستلزم حيازة الدائن للشىء المحمل بالحق كما هو الحال فى الرهن الحيازى . ولذلك يجوز أن تكسب هذ الحقوق بالحيازة أو بالتقادم .

أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها الحيازة ، ولهذا لا يمكن أن تكسب بالحيازة أو التقادم. ولكن يستثنى من ذلك الدين الثابت فى سند لحامله ، حيث يأخذ حكم المنقول المادى ، فيكتسب ملكيته كل من يحوزه بمقتضى سبب صحيح إذا كان حسن النية وقت حيازته (مادة ٩٧٦ مدنى) .

ويرجع هذا الفارق ، الى أن الحق العينى يتمثل فى سلطة مباشرة على شىء من الأشياء وبالتالى يقبل الحيازة . أما الحق الشخصى فهو يتمثل فى علاقة بين شخصين ولذلك لا يتصور أن ترد عليه الحيازة .

الفصل الثانى

الحقوق الذهنية Les droits intellectuels

تعريف وتحديد :

قلنا أن الحق قد يكون مالياً وقد يكون غير مالى ، وقلنا أيضًا أن هناك نوع ثالث من الحقوق يجمع بين الوصفين ، الوصف المالى والوصف غير المالى . وقد نصت المادة ٨٦ من القانون المدنى بأن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة» . والشىء غير المادى هو الذى لا يمكن أن يدرك بالحس بل يدرك بالفكر المجرد .

ومن أمثلة الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية (الأشياء المعنوية) نذكر:

١ - *الملكية الصناعية :*

يقصد بالملكية الصناعية « حقوق الاستئثار الصناعى التى تخوّل لصاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد أو استغلال علامة مميزة » .

وتتنوع حقوق الملكية الصناعية الى حقوق ترد على ابتكارات جديدة وهى براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وحقوق ترد على علامات مميّزة ، وهى العلامات التجارية والصناعية والاسم التجارى .

ويقصد ببراءة الاختراع الشهادة التى تمنح عن ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعى ، سواء كان متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة ، أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة . وبراءة الاختراع تخوّل لصاحبها الحق وحده فى استغلال ابتكاره واحتكار انتاجه .

أما العلامة المميّزة فتعنى حق المنتج فى احتكار علامة تميّز منتجاته أو احتكار استغلال علامة مميزة تميّز هذا المنتج أو تمييز بلد الانتاج . وحق المنتج فى احتكار علامة تميّز منتجاته عن أشباهها فى السوق ، وهذا هو الحق فى العلامات التجارية والصناعية .

أما الاسم التجارى فهو علامة تميّز المنشأة ويختلف الاسم التجارى عن العلامة التجارية فى أنه يخصص لتمييز المؤسسة ذاتها ، بينما تعد العلامة لتمييز

السلعة التى تنتجها أو تبيعها المؤسسة .

ويرى جانب من الفقه أن ادراج حقوق الملكية الصناعية ضمن الحقوق الذهنية ، قد ينطوى على شئ من التجوز فى التعبير ، حيث يتعلق الأمر فى كثير من الأحوال بقيمة معينة من القيم تستميل العملاء إليها أكثر مما يتعلق بخلق فكرى أو إنتاج ذهنى . ولذلك فإن بعض الفقهاء المحدثين يستبدل باصطلاح « الحقوق الذهنية » اصلاح « الحقوق المتعلقة بالعملاء » droit de clientèle ، ويراه شاملاً لمثل هذا النوع من الحقوق بالذات ولبقية الحقوق التى يصدق عليها وصف الحقوق الذهنية على السواء ، باعتبار أنها كلها تستهدف إلى اجتذاب العملاء عن طريق ما تعطيه لأصاحبها من احتكار استغلال معين .

« وقد يكون فى هذا الاصطلاح احاطة ببعض الحقوق التى ترد على أشياء معنوية لا تمثل خلقاً ذهنياً معيناً كالاسم التجارى والسمعة وثقة العملاء ، وحينئذ لا يوجد ثم ما يمنع من تقبل هذا الاصطلاح بشأنها . ولكن يراعى أنه فى غير ذلك من الحقوق التى ترد على خلق ذهنى كحق الكاتب أو الفنان على أفكاره أو اثاره الأدبية أو الفنية ، لا تكون العبرة فى شأنها باجتذاب العملاء واحتكار استغلال معين استغلالاً مالياً ، بقدر ما تكون بالتعبير عن اتجاه فكرى أو ذهنى معين لا ينفصل عن شخصية صاحبه ، ولذلك لا نجد بديلاً عن اصطلاح « الحقوق الذهنية » فى تسميتها والرمز إليها .

٢ - *الملكية الأدبية والفنية :*

يقصد بالملكية الأدبية والفنية حق الشخص على نتاج ذهنه وثمرة فكره أياً كان المظهر الذى يتخذه هذا الناتج أو تلك الثمرة . ويطلق على هذه الحقوق وصف الحقوق الذهنبية وهى التى ستكون محلاً لدراستنا فى هذا الفصل .

التنظيم التشريعى للحقوق الذهنية :

تراعى تشريعات الدول المختلفة وضع تنظيم قانونى للحقوق الذهنية أو المعنوية بصفة عامة ، سواء كانت من قبيل الملكية الأدبية والفنية ، أو كانت من قبيل الملكية الصناعية . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أن الحاجة دعت الى عقد اتفاقيات دولية فى هذا الشان . ذلك أن انتشار الاختراعات فى أنحاء العالم وتداول المنتجات بين الدول وذيوع المصنفات العلمية والأدبية والفنية على نطاق عالمى شامل لا تحد منه حواجز أو حدود ، كل هذا جعل من الضرورى أن تبرم اتفاقيات

دولية تكفل حماية الحقوق المعنوية لأصحابها خارج نطاق دولهم ، فتلتزم بهذه الحماية كل دولة كانت طرفاً فى هذه الاتفاقيات .

فعقدت اتفاقيات دولية فى خصوص الملكية الصناعية ، أهمها اتفاقية باريس المبرمة فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ والخاصة بحماية الملكية الصناعية فى كافة نواحيها (براءات الاختراع ، الرسوم والنماذج ، العلامات الصناعية والتجارية ، الأسماء التجارية ، البيانات المتعلقة بمصادر السلع ، مكافحة المنافسة غير المشروعة) . واتفاقية مدريد المبرمة فى ١٤ ابريل سنة ١٨٩١ والخاصة بوضع نظام دولى لتسجيل العلامات والبيانات التجارية ، واتفاقية لاهاى المبرمة فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ والخاصة بوضع نظام دولى لتسجيل الرسوم والنماذج الصناعية .

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فى شأن حقوق المؤلفين ، فمن أهمها ، اتفاقية برن التى أبرمت فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ الخاصة بحماية هذه الحقوق . وقد عدلت هذه الاتفاقية عدة مرات بما يحقق توسعة فى نطاق الحماية بجعلها مسايرة للتطور الحديث فى وسائل النشر ، فعدلت فى مؤتمر باريس سنة ١٨٩٦ ، ثم فى مؤتمر برلين سنة ١٩٠٨ ، وفى مؤتمر روما سنة ١٩٢٨ ،وفى بروكسل فى المؤتمر الذى عقد فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨ . وأخيراً قامت هيئة اليونسكو التابعة للأمم المتحدة بتنظيم عقد اتفاقية عالمية وقع عليها فى چينف فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ .

هذا وقد أنشئت فى باريس منذ عام ١٨٧٨ الجمعية الأدبية والفنية الدولية للعمل على حماية حقوق المؤلفين فى الدول المختلفة . وقد أسفرت جهود هذه الجمعية عن عقد اتفاقية برن المشار اليها . وبمقتضى هذه الاتفاقية أنشىء فى برن مكتب الاتحاد الدولى لحماية المصنفات الأدبية والفنية ، وهو تابع للحكومة السويسرية .

وفى القانون المصرى ، أصدر المشرع عدة قوانين تكفل حماية الملكية الصناعية . فأصدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية، ثم القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، ثم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ بشأن الأسماء التجارية . ثم قام المشرع بعد ذلك بإصدار القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية مخصصاً الكتاب الأول لبراءات الاختراع والكتاب الثانى للعلامات

والبيانات التجارية . هذا وقد انضمت مصر الى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية . حيث صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على هذه الاتفاقيات ، وأعقب ذلك صدور المرسوم الخاص باصدار هذه الاتفاقيات والعمل بها وذلك فى ٢١ مايو سنة ١٩٥١ . وبذلك أصبحت هذه الاتفاقيات مكملة للتشريعات المصرية الخاصة بحماية الملكية الصناعية .

أما بشأن حقوق المؤلفين فيلاحظ أن المادة (٨٦) من القانون المدنى قضت بأن: « الحقوق التى ترد على شىء غير عادى تنظمها قوانين خاصة» ولقد ظل هذا النص معطلاً حتى أصدر المشرع القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حقوق المؤلف والمعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٦٨ و ٣٤ لسنة ١٩٧٥ ، ورقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ ، والقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٤ . ولكن لا يعنى تأخر صدور هذا القانون حتى عام ١٩٥٤ أن حقوق المؤلفين لم يكن معترفاً بها فى مصر . فلقد بذل القضاء المصرى جهده فى حماية تلك الحقوق مستلهمًا ما استقر من قواعد فى الدول الأخرى فى حدود المبادئ العامة . ولكن تلك الحماية القضائية كانت قاصرة على الناحية المدنية فحسب . فلم يكن هناك جزاء جنائى يوقع على من يعتدى على حقوق المؤلف . إذ القاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . كما أنه حتى فى حدود الحماية المدنية ، كانت الحاجة ماسة الى اصدار تشريع خاص يفصل قواعد تلك الحماية حسمًا لما قد يثور من خلاف فى الرأى . وقد سد قانون ١٩٥٤ هذا النقص . ثم قام المشرع أخيراً بإصدار القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية والذى حل محل القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، والذى خصص الكتاب الثالث منه لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (المواد من ١٣٨ حتى ١٨٨) .

تقسيم :

قلنا اننا فى شأن دراسة الحقوق الذهنية سنقتصر فحسب على دراسة حق المؤلف والحقوق المجاورة. وفى شأن دراسة حقوق المؤلفين ، ندرس :

أولاً : نطاق الحماية القانونية من حيث المصنفات وأصحابها .

ثانياً : مضمون حق المؤلف .

ثالثاً : وسائل الحماية القانونية لحق المؤلف .

رابعاً : الطبيعة القانونية لحق المؤلف .

المبحث الأول

نطاق الحماية القانونية من حيث المصنفات والمؤلفين

أولاً : المصنفات التى يحميها القانون

حرص المشرع فى المادة (١٣٨) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية ، بوضع تعريفات لبعض المصطلحات التى سترد فى أحكام الكتاب الثالث من هذا القانون والخاص بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

فعرف المصنف بأنه « كل عمل مبتكر أدبى أو فنى أو علمى أيًا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه » .

كما عرف الابتكار بأنه « الطابع الابداعى الذى يسبغ الأصالة على المصنف » .

وبناء على ذلك قضت المادة (١٤٠) من القانون بأن :

«تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية :

١- الكتب ، والكتيبات ، والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة .

٢- برامج الحاسب الآلى .

٣- قواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب الآلى أو من غيره .

٤- المحاضرات ، والخطب والمواعظ ، وأية مصنفات شفوية[١] أخرى إذا كانت مسجلة .

٥- المصنفات التمثيلية [٢]والتمثيليات الموسيقية والتمثيل الصامت (البانتوميم) .

---

(١) ويدخل فيها « التعبيرات الشفوية مثل الحكايات والأحاجى والألغاز والأشعار الشعبية وغيرها من المأثورات » (م ١٣٨ من القانون) .

(٢) ويدخل فيها « الرقصات الشعبية والمسرحيات والأشكال الفنية والطقوس » ٠ م ١٣٨ من القانون) .

٦- المصنفات الموسيقية(١) المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها .

٧- المصنفات السمعية البصرية .

٨- مصنفات العمارة .

٩- مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان ، والنحت ، والطباعة على الحجر ، وعلى الأقمشة وأية مصنفات مماثلة فى مجال الفنون الجميلة .

١٠- المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها .

١١- مصنفات الفن التطبيقى والتشكيلى .

١٢- الصور التوضيحية ، والخرائط الجغرافية والرسومات التخطيطية (الاسكتشات) والمصنفات الثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو التصميمات المعمارية .

١٣- المصنفات المشتقة (٢)وذلك دون الاخلال بالحماية المقررة للمصنفات التى اشتقت منها .

وتشمل الحماية عنوان المصنف إذا كان مبتكراً » .

ومع ذلك فليس كل مصنف يشتمل على المضمون السابق يعد مصنفاً واجب الحماية ، وانما يشترط لذلك توافر شرطين :

الشرط الأول : الابتكار أو الجدة :

المصنف الجدير بحماية القانون هو ما كان يتضمن قسطاً من الابتكار L'oroginalité فعنصر الابتكار هو المعيار الذى يتحدد على أساسه المصنفات التى تخضع لحماية القانون . على أنه ليس ضرورياً أن تكون الأفكار التى تضمنها المصنف أفكاراً جديدة كل الجدة لم يسبق المؤلف اليها . فلا ينطوى معنى الابتكار على اختراع أراء وأفكار غير معروفة من قبل ، فالأفكار والآراء كثيراً ما تكون

---

(١) ويدخل فيها « الأغانى الشعبية المصحوبة بموسيقى» (م ١٣٨ من القانون) .

(٢) يقصد بالمصنف المشتق : « المصنف الذى يستمد أصله من مصنف سابق الوجود كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما فى ذلك قواعد البيانات المقروءة سواء من الحاسب أو من غيره ، ومجموعات التعبير الفلكلورى مادامت مبتكرة من حيث ترتيب أو اختيار محتوياتها » (المادة ١٣٨ من القانون).

مطروقة ومعروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف الزمان والمكان . فلم تدع القرون الطويلة من الحضارة البشرية فرصة للقيام باختراعات وابتكارات جديدة فى جوهرها .

ولذلك يجب أن يحمل مفهوم الابتكار على تميّز الانتاج الفكرى أو الخلق الذهنى بقدرمن الجدة والأصالة فى طريق العرض أو التعبير أو فى إحداها فقط ويكون من شأن ذلك أن تبرز شخصية معيّنة لصاحبه سواء فى جوهر الفكرة المعروضة أو فى مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب أو التبويب أو الأسلوب.

ومعنى ما تقدم أن الابتكار (أو الطابع الإبداعى) ، كشرط للحماية القانونية ، يكفى فيه أن يكون ابتكاراً فى الشكل لا فى الجوهر . ولذلك من الثابت أن المصنف الذى يعالج فيه المؤلف فكرة قديمة ، يعد مصنفاً مبتكراً مادام المؤلف لم يقتصر على نقل ما انتجه غيره كما هو . فقد تتعدد المصنفات التى تعالج فكرة بؤس وشقاء الفلاح المصرى ، أو تعالج مشكلة تعدد الزوجات والزواج العرفى وعقوق الأبناء وغيرها من المشاكل الأسرية الشائعة فى المجتمع ، ومع ذلك تعد كلها قابلة للحماية القانونية - برغم اتحاد الفكرة فيها - طالما تتحقق فى كل منها قدر من الابتكار فى العرض أو الأسلوب .

ويمتد الابتكار الذى هو مناط الحماية القانونية إلى عنوان المصنف إذا كان مبتكراً حيث ورد فى المادة ١٤٠ من القانون بأن « وتشمل الحماية عنوان المصنف إذا كان مبتكراً » فمثل هذا العنوان المبتكر يعد نشاطاً ذهنياً ذو طابع ابداعى ، ويعد علامة مميزة للمصنف . أما إذا اقتصر العنوان على عبارة أو كلمة جارية دالة على عنوان المصنف دون أن تتضمن أى ابتكار أو ابداع ذو طابع شخصى فلا تنطوى تحت مظلة الحماية .

وايضاً يمكن إعتبار العمل المقتبس مصنفاً مبتكراً حيث يقوم المقتبس عادة بدور شخصى فى طريقة العرض ، مثال ذلك تحويل القصة الى الأسلوب المسرحى الملائم ، وحيث يقوم أيضًا بدور فى التعبير فى الألفاظ تناسب الغرض الذى تم الاقتباس من أجله ، ذلك أن الابتكار يوجد فى طريقة العرض وفى التعبير على السواء .

والعمل الذى يقوم به المترجم بنقل مصنف من لغة الى أخرى يعتبر مصنفاً

مبتكراً . فالمترجم لا يقتصر دوره على الترجمة الحرفية بل يجب عليه أن ينتقى الألفاظ المناسبة التى من شأنها أن تجعل المصنف محتفظاً بقوته وكيانه الذى كان عليه فى لغته الأصلية . فالابتكار يوجد هنا فى التعبير .

هذا وقد قضى المشرع فى المادة (١٤٨) من القانون بأن : « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » .

هذا وقد تعرض المشرع لحماية المصنفات المشتقة ، فشملها بالحماية وهى تشمل : « المصنف الذى يستمد أصله من مصنف سابق الوجود كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما فى ذلك قواعد البيانات المقررة سواء من الحاسب أو من غيره ، ومجموعات التعبير الفلكلورى مادامت مبتكرة من حيث ترتيب أو اختيار محتوياتها » (م ١٣٨ من القانون) .

وبناء على المواد السابقة فإن ترجمة المصنف من لغة إلى أخرى يعد تأليفاً محمياً ، حيث يعد بمثابة مصنف جديد به قدر من الابتكار حيث تبرز شخصية المترجم ، فالترجمة ليست عملاً مادياً محضاً حيث يتمتع المترجم بإلمام كامل باللغتين وبطريقة استخدامهما وطريقة اختيار التعبيرات والمعانى المقصودة من العبارات الأصلية محل الترجمة ، كل ذلك يكون ابتكاراً وابداعاً يستأهل الحماية . وعلى ذلك تتمتع ترجمة المنصنف بذات الحماية المقررة للمصنف الأصلى محل الترجمة ، بحيث لا يجوز لأحد أن ينقل عنها أو يعدل فيها أو أن يترجمها (ترجمة الترجمة) إلى لغة ثالثة بغر موافقة المترجم الأول .

كما تتمتع بالحماية التوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات ومجموعات التعبير الفلكلورى طالما كانت متضمنة لعنصر الابتكار أو الابداع سواء من حيث الاختيار أو الترتيب .

ويعد ايضاً عملاً مبتكراً القيام بتجميع الأحكام القضائية وتبويبها والتعليق عليها بشرط أن ينطوى هذا العمل على مجهود يبرز شخصية مؤلفه فلا يقتصر الأمر على مجرد التجميع المادى للأحكام .

وعلى العكس لا حماية للكتب التى يقتصر جهد المؤلفين فيها على مجرد

تجميع قطع من الشعر والنثر ، طالما لم نكن بصدد ما يمكن معه من ابراز شخصية جامعها .

الشرط الثانى : انتقال الفكرة من ذهن المؤلف الى العالم الخارجى :

يجب أن تخرج الفكرة من ذهن المؤلف الى العالم الخارجى ، فحماية المؤلف أو المصنف لا تتوافر للأفكار الكامنة فى النفس ، بل لا بد من خروجها حتى تتميّز وتصبح فكرة قابلة للحماية القانونية .

وتظهر الفكرة الى الوجود الخارجى بأى شكل وبأى صورة من الصور التى اشرنا اليها من قبل .

وفى هذا الصدد تقضى المادة (١٤١) من القانون بأن : « لا تشمل الحماية مجرد الأفكار والاجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل والمفاهيم والمبادئ والاكتشافات والبيانات ، ولو كان معبراً عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة فى مصنف » .

فإذا توافرت فى المصنف الشروط السابقة ، كان جديراً بحماية القانون ، أياً كانت قيمته وبصرف النظر عن الغرض الذى أعد له .

(١) فلا عبرة بأهمية المصنف ، فمتى تحقق الابتكار أصبحت الحماية واجبة. « فليس للقاضى إذن أن يبحث عن القيمة العلمية أو الفنية للمصنف . فالكتاب الذى لا يقرأه إلا العامة أو تلاميذ المدارس الإبتدائية ، يكون جديراً بالحماية مادام قد تحقق فيه شرط الابتكار » .

(٢) كذلك لا أهمية للغرض الذى قصد اليه بتصنيفها ، فيستوى أن يكون الغرض علميًا أو أدبيًا أو فنيًا ، أو حتى غرضًا عمليًا كما هو الحال بالنسبة للتقاويم الفلكية أو الجوية والكتالوجات التى تروج لنوع معيّن من البضائع ، ومع ذلك فتوجد هناك استثناءات ترد على هذا الأصل . وهى :

أ- « الوثائق الرسمية ، أيا كانت لغتها الأصلية أو اللغة المنقولة إليها ، مثل نصوص القوانين ، واللوائح ، والقرارات والاتفاقيات الدولية ، والأحكام القضائية وأحكام المحكمين ، والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص

القضائى» (م ١٤١ من القانون). ذلك أن الغرض الذى من أجله صدرت هذه الوثائق ينأى بها عن أن تكون محلاً لملكية خاصة ، بل يقتضى أن تؤول بمجرد نشرها الى الملك العام للناس جميعاً .

ولكن إذا تصورنا أن هناك من تناول هذه الوثائق والنصوص بشكل تبرز معه شخصيته ، بأن قام مثلاً بتبويبها تبويباً خاصاً مبتكراً ، أو بتلخيصها واستخراج القواعد والمبادئ منها ، أو بشرحها والتعليق عليها ، عندئذ تعد مصنفاً جديراً بالحماية .

ب- المقالات والأخبار الصحفية : بالنسبة للمقالات الصحفية العلمية أو الأدبية أو الفنية وأيضًا الروايات والقصص والمسرحيات المنشورة فى الصحف ، لا يجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها إلا بعد الحصول على موافقة مؤلفيها . وانما يجوز لهذه الصحف أو النشرات أن تنشر ملخصات لتلك المصنفات بغير إذن مؤلفيها .

ولكن بالنسبة للمقالات الصحفية الخاصة بمناقشات فى أمور عامة تشغل الرأى العام فى وقت معيّن ، سواء كانت هذه الأمور سياسية أو اقتصادية أو علمية أو دينية ، فيجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها مادام لم يرد فى الصحيفة المنقول عنها ما يحرم هذا النقل صراحة .

وعلى أية حال فبالنسبة للحالات المصرح فيها بالنقل ، يجب أن يذكر المصدر بشكل واضح ، كما يجب أن يذكر اسم المؤلف إن كان قد وقع على مؤلفه .

وأخيراً لا تشمل الحماية القانونية : « أخبار الحوادث والوقائع الجارية التى تكون مجرد اخبار صحيفة ومع ذلك تتمتع مجموعات ما تقدم بالحماية إذا تميز جمعها بالابتكار فى الترتيب والعرض أو بأى مجهود شخصى جدير بالحماية » (م ١٤١ من القانون) .

جـ- المصنفات الشفوية : يراعى أن الأصل هو أن المصنفات الشفوية ، كالمحاضرات والخطب والمواعظ ، تشملها حماية القانون ، غير أنه يستثنى من هذا الأصل الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والادارية والاجتماعية والعلمية والأدبية والفنية والسياسية والاجتماعية

والدينية طالما كانت موجهة الى الكافة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية ، حيث يجوز أن تنشر أو تذاع دون اذن صاحبها ، بشرط أن يكون ذلك على سبيل الأخبار .

هـ - المجموعات المختارة : وهى المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة ، كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف .

و- ولا يجوز لأحد الادعاء لنفسه بحقوق المؤلف على ما يعد من الفلكلور الوطنى ، فهعو لا يمثل ابداعاً فردياً وإنما ابداعاً جماعياً. ولذلك قضت المادة (١٤٢) من القانون بأن « يعتبر الفلكلور الوطنى ملكًا عامًا للشعب ، وتباشر الوزارة المختصة عليه حقوق المؤلف الأدبية والمالية وتعمل على حمايته ودعمه » .

وقد حرص المشرع فى المادة ١٣٨ على بيان مضمون الفلكلور الوطنى المملوك ملكية عامة للشعب بأنه « كل تعبير يتمثل فى عناصر متميزة تعكس التراث الشعبى التقليدى الذى نشأ أو استمر فى جمهورية مصر العربية ، وبوجه خاص التعبيرات الآتية :

(أ) التعبيرات الشفوية مثل : الحكايات والأحاجى والألغاز والأشعار الشعبية وغيرها من المأثورات .

(ب) التعبيرات الموسيقية ، مثل الأغانى الشعبية المصحوبة بموسيقى .

(جـ) التعبيرات الحركية مثل الرقصات الشعبية والمسرحيات والأشكال الفنية والطقوس .

(د) التعبيرات الملموسة مثل منتجات الفن الشعبى التشكيلى وبوجه خاص الرسومات بالخطوط والألوان ، والحفر ، والنحت ، والخزف ، والطين والمنتجات المصنوعة من الخشب أو ما يرد عليه من تطعيمات تشكيلية مختلفة أو الموزاييك أو المعدن أو الجواهر ، والحقائب المنسوجة يدوياً وأشغال الابرة والمنسوجات والسجاد والملبوسات .

الآلات الموسيقية .

الأشكال المعمارية » .

ثانيًا : المؤلف الذى يتمتع بحماية القانون

تحديد المؤلف :

أول ما يلاحظ فى هذا الشأن أن لفظ المؤلف ، لا يعنى فقط كل من يقوم بوضع كتاب ، وانما يشمل هذا اللفظ كل من أنتج انتاجاً ذهنياً أيا كان نوعه . وذلك فيما عدا المخترعين وواضعى البيانات والعلامات التجارية ، فأولئك يخضعون لقواعد خاصة بذلك .كما يلاحظ أيضًا أن إصطلاح المصنف أو المؤلف لا يقتصر على الكتاب وحده ، بل ينصرف كذلك الى كل انتاج ذهنى أياً كان المظهر الذى اتخذه هذا الانتاج وأياً كانت وسيلة التعبير عنه بالكتابة أو بالصورة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو النحت .

فطبقاً للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، يقصد بالمؤلف الشخص الذى يبتكر المصنف أو هو كل من انتج فكره انتاجًا مبتكراً فى الآداب والعلوم والفنون أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه بالكتابة أو الرسم أو التصوير أو الحركة .وعلى ذلك يعد مؤلفًا الكاتب والأديب والعالم والمثال والرسام والمؤلف الموسيقى والمسرحى والملحن والمغنى والممثل السينمائى .

ويراعى أن الحماية القانونية لا تقتصر فحسب على مضمون المصنف وانما تشمل كذلك عنوانه ، ولكن بشرط أن يكون هذا العنوان به من الابتكار ما يجعله جديراً بالحماية وليس لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف . فتشمل الحماية مثلاً عناوين القصص والمسرحيات والأفلام ، ولا تشمل الحماية عناوين الكتب العلمية ، ذلك أن هذه الكتب تعالج ذات الموضوع وفى الغالب لا تتميّز بعناوينها ، بل يغلب أن يكون العنوان واحداً يقتصر فحسب على الاشارة الى موضوع الكتاب أو المؤلف وقد سبق لنا بيان ذلك .

هذا وقد وضع المشرع قرينة على أن من ينشر مصنفًا منسوباً اليه يعتبر مؤلفًا له . ولكن هذه القرينة ، تعد قرينة بسيطة ، قابلة للاثبات العكسى ، حيث يجوز للمؤلف الحقيقى أن يثبت ابوته الفكرية للمصنف المنشور ، فإذا أثبت ذلك كانت له كافة حقوق المؤلف التى يحرم منها المؤلف الذى نسب الى نفسه زوراً وبهتاناً انتاج غيره .

فلقد ورد تعريف المؤلف فى المادة (١٣٨) من القانون بأنه « الشخص الذى يبتكر المصنف ، ويعد مؤلفًا للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفاً له ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

ويعتبر مؤلفًا للمصنف من ينشره بغير اسمه أو باسم مستعار بشرط الا يقوم شك فى معرفة حقيقة شخصيته ، فإذا قام الشك اعتبر ناشر أو منتج المصنف سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً ممثلاً للمؤلف فى مباشرة حقوقه إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخص المؤلف » .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له الحق فى مباشرة سلطات الحق الذهنى ، قد تحتاج أولاً إلى تحديد نطاق الحماية من حيث الأشخاص ثم تحديد هذا النطاق فى شأن المصنف المشترك والجماعى .

نطاق الحماية من حيث الأشخاص :

حرص المشرع فى القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية على تحديد نطاق الحماية من حيث الأشخاص فقضى فى المادة (١٣٩) بأن:

« تشمل الحماية المقررة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها المصريين والأجانب من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين ينتمون إلى إحدى الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية ومن فى حكمهم .

ويعتبر فى حكم رعايا الدول الأعضاء :

(أ) بالنسبة لحق المؤلف :

١- المؤلفون الذين تنشر مصنفاتهم لأول مرة إحدى الدول الأعضاء فى المنظمة ، أو تنشر فى إحدى الدول غير الأعضاء وإحدى الدول الأعضاء فى آن واحد. ويعتبر المصنف منشوراً فى آن واحد فى عدة دول إذا ظهر فى دولتين أو أكثر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره لأول مرة .

ولا يعد نشراً تمثيل مصنف مسرحى أو مصنف موسيقى أو سينمائى وأداء مصنف موسيقى والقراءة العلنية لمصنف أدبى والنقل السلكى أو إذاعة المصنفات الأدبية والفنية وعرض مصنف فنى وتنفيذ مصنف معمارى .

٢- منتجو ومؤلفو المصنفات السينمائية التى يكون مقر منتجها أو محل اقامته فى إحدى الدول الأعضاء فى تلك المنظمة .

٣- مؤلفو المصنفات المعمارية المقامة فى إحدى الدول الأعضاء أو المصنفات الفنية الأخرى الداخلة فى مبنى أو منشاة أخرى كائنة فى إحدى الدول الأعضاء .

(ب) بالنسبة للحقوق المجاورة لحق المؤلف :

١- فنانو الأداء[١] إذا توافر أى شرط من الشروط التالية :

(أ) إذا تم الأداء فى دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية .

(ب) إذا تم تفريغ الأداء فى تسجيلات صوتية ينتمى منتجها [٢]لدولة عضو فى منظمة التجارة العالمية ، أو تم التثبيت الأول للصوت فى اقليم دولة عضو فى المنظمة .

(جـ) إذا تم بث الأداء عن طريق هيئة إذاعة يقع مقرها فى دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية ، وأن يكون البرنامج الإذاعى قد تم بثه من جهاز إرسال يقع أيضاً فى دولة عضو .

٢- منتجو التسجيلات الصوتية إذا كان التثبيت الأول للصوت قد تم فى دولة عضو فى المنظمة .

٣- هيئات الإذاعة [٣] إذا كان مقر هيئة الإذاعة كائناً فى إقليم دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية ، وأن يكون البرنامج الإذاعى قد تم بثه من جهاز إرسال يقع أيضاً فى إقليم دولة عضو فى المنظمة .

ويستفيد مواطنو جميع الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية من أى ميزة أو افضلية أو امتياز أو حصانة يمنحها أى قانون آخر لرعايا أى دولة فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية طبقاً لهذا القانون ، ما لم تكن هذه الميزة أو الأفضلية أو الحصانة نابعة من :

---

(١) يقصد بفنانو الأداء : « الأشخاص الذين يمثلون أو يغنون أو يلقون أو ينشدون أو يعزفون أو يرقصون فى مصنفات ادبية أو فنية محمية طبقاً لأحكام هذا القانون أو آلت إلى الملك العام ، أو يؤدون فيها بصورة أو أخرى ، بما فى ذلك التعبيرات الفلكلورية » (م ١٣٨ من القانون) .

(٢) ويقصد بمنتج التسجيلات الصوتية « الشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يسجل لأول مرة مصنفاً تسجيلاً صوتياً أو اداء لأحد فنانى الأداء ، وذلك دون تثبيت الأصوات على الصورة فى إطار اعداد مصنف سمعى بصرى» (مادة ١٣٨ من القانون) .

(٣) ويقصد بهيئة الإذاعة « كل شخص أو جهة منوط بها أو مسئولة عن البث الإذاعى اللاسلكى السمعى أو السمعى البصرى .

(أ) اتفاقيات المساعدة القضائية أو اتفاقيات إنفاذ القوانين ذات الصبغة العامة.

(ب) الاتفاقيات المتعلقة بحقوق حماية الملكية الفكرية والتى أصبحت سارية قبل أول يناير سنة ١٩٩٥ .

وبعد أن عرضنا لنطاق الحماية من حيث الأشخاص لنعرض الآن للمصنف المشترك والجماعى :

أولاً : المصنف المشترك :

المصنف المشترك (١) ، هو ذلك المصنف الذى يشترك فى تأليفه أو وضعه شخصان أو أكثر . مثال ذلك أن يشترك أديبان (أو أكثر) فى تأليف قصة أو مسرحية مثلاً ، أو أن يقوم نفر من العلماء بوضع كتاب علمى ، حيث جرت العادة على أن يشترك فى تأليف الكتب العلمية المطولة عدة مؤلفين بعد أن أصبح جهد الفرد قاصراً على أن يحيط احاطة تامة بكل دقائق وتفاصيل العلم الواحد . ومنها أيضاً المصنفات المشتركة التى تقتضى طبيعتها أن يشترك أكثر من شخص فى اعدادها أو وضعها ، ومثالها مصنفات الموسيقى الغنائية والاستعراضات الموسيقية والمصنفات المسرحية والسينمائية والمصنفات الاذاعية والتليفزيونية .

على اية حال ، يجب لكى نكون بصدد مصنف مشترك - علاوة على تعدد واضعيه - أن تكون هناك جهود تساهم فى الابتكار ، بحيث تستوحى فكرة مشتركة وتتجه فى تناسق الى اخراج المصنف .

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تقسم المصنفات المشتركة الى نوعين :

(أ) النوع الأول : فى هذا النوع يختلط انتاج المشتركين فى التأليف بحيث لا يمكن فصل نصيب مساهمة كل منهم وتمييزه على حدة . وفى هذه الحالة يعتبرون جميعاً أصحاب المصنف بالتساوى فيما بينهم ، إلا إذا اتفق على غير ذلك كتابة . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأى منهم أن ينفرد بمباشرة السلطات التى

---

(١) المصنف المشترك هو ذلك « المصنف الذى لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية ، ويشترك فى وضعه أكثر من شخص سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه أو لم يمكن » (م ١٣٨ من القانون) .

يخوّلها حق المؤلف إلا باتفاق مكتوب بينهم . » فإذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن ، كان لكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق كتابة على غير ذلك .

ولكل منهم الحق الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع اعتداء على أى حق من حقوق المؤلف .

وإذا مات أحد المؤلفين الشركاء ، دون خلف عام أو خاص ، يؤول نصيبه إلى باقى الشركاء أو خلفهم ، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك » (مادة ١٧٤ من القانون) .

(ب) النوع الثانى : فى النوع الثانى من المصنفات المشتركة يمكن أن يتميّز ويفصل نصيب كل مشترك فى التأليف وذلك بسبب اختلاف نوع مساهمته . كما هو الحال فى مصنفات الموسيقى الغنائية والمصنفات السينمائية ، حيث يشترك الأديب فى وضع القصة ، والموسيقى فى وضع الموسيقى والممثل فى التمثيل أو المغنى فى الغناء ، والمخرج فى الاخراج والسيناريست فى وضع السيناريو وهكذا ... والقاعدة فى هذا الصدد أن يكون لكل من المؤلفين الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . مع ملاحظة ألا يكون من شأن هذه الاستغلال المنفرد الاضرار باستغلال المصنف المشترك .

وفى شأن المصنفات المشتركة وتحديد حقوق المشتركين فيها قضى المشرع فى المادة (١٧٧) بما يلى :

« أولاً – يعتبر شريكًا فى تأليف المصنف السمعى البصرى أو السمعى أو البصرى :

١– مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج .

٢– من يقوم بتحوير مصنف أدبى موجود بشكل يجعله ملائمًا للأسلوب السمعى البصرى .

٣– مؤلف الحوار .

٤– واضع الموسيقى إذا قام بوضعها خصيصًا للمصنف .

٥– المخرج الذى قام بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف .

وإذا كان المصنف مبسطًا أو مستخرجًا من مصنف أخر سابق عليه يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق شريكًا فى المصنف الجديد .

ثانيًا – لمؤلف السيناريو ومحور المصنف الأدبى ومؤلف الحوار والمخرج مجتمعين الحق فى عرض المصنف السمعى أو البصرى أو السمعى البصرى رغم معارضة مؤلف المصنف الأدبى الأصلى أو واضع الموسيقى ، وذلك دون إخلال بحقوق المعارض المترتبة على الاشتراك فى التأليف .

ثالثًا – لمؤلف الشطر الأدبى أو الشطر الموسيقى الحق فى نشر مصنفه بطريقة أخرى غير الطريقة المنشور بها هذا المصنف المشترك ما لم يتفق كتابة على غير ذلك .

رابعًا – إذا امتنع أحد الشركاء فى تأليف مصنف سمعى بصرى أو سمعى أو بصرى عن إتمام الشق الخاص به ، فلا يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء الذى أنجزه كل منهم ، وذلك دون إخلال بما للممتنع من حقوق مترتبة على اشتراكه فى التأليف .

خامسًا – يكون المنتج طوال استغلال المصنف السمعى البصرى أو السمعى أو البصرى المتفق عليه نائبًا عن مؤلفى هذا المصنف وعن خلفهم فى الاتفاق على استغلاله دون الإخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة أو المحورة ، كل ذلك ما لم يتفق كتابة على خلافه . ويعتبر المنتج ناشرًا لهذا المصنف، وتكون له حقوق الناشر عليه وعلى نسخه فى حدود أغراض الاستغلال التجارى له» .

كما يحق لكل منهم منفردًا أن يرفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف ، سواء تناول هذا الاعتداء المصنف فى مجموعه أو اقتصر على شطر معيّن منه . والأصل هنا – أيضًا – أنه لا يجوز – كما فى النوع الأول من المصنفات المشتركة – لأى من الشركاء أن ينفرد بمباشرة السلطات التى يخولّها حق المؤلف على المصنف فى مجموعه ، بل يجب أن يكون ذلك باتفاق الجميع .

وأخيرًا قضى المشرع فى المادة (١٦١) بأن : « تحمى الحقوق المالية لمؤلفى المصنفات المشتركة مدة حياتهم جيمعًا ولمدة خمسين سنة تبدأ من وفاة آخر من بقى حيًا منهم » .

ثانيًا : المصنف الجماعى :

المصنف الجماعى هو المصنف الذى يشترك فى وضعه أكثر من مؤلف بتوجيه

شخص طبيعى أو اعتبارى يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو الاعتبارى ، بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة (مادة ١٣٨ من القانون) . ومثال المصنفات الجماعية ، الكتب التى تصدرها الحكومات ببيان سياستها فى مسألة من المسائل التى تشغل الرأى العام ، أو أن تعهد شركة سينمائية الى عدد من الفنانين بعمل مصنف سينمائى تتولى عرضه .

وقد قضت المادة (١٧٥) بأن : « يكون للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى وجه إلى ابتكار المصنف الجماعى التمتع وحده بالحق فى مباشرة حقوق المؤلف عليه » .

ويلاحظ على هذا النص انه أجاز أن يكون المؤلف شخصًا معنوياً ، وهذا يخالف مخالفة صارخة للأصول العامة فى ثبوت وصف المؤلف وما يستتبعه من حقوق لشخص معيّن ، بأن يكون هذا الشخص قد ساهم فعلاً فى خلق ذهنى جديد . بحيث ينبغى الاعتراف بوصف المؤلف للأفراد الذين ساهموا فى وضع المصنف الجماعى دون غيرهم ، فلا يعطى هذا الوصف للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى قام بتوجيههم الى وضعه دون أن يساهم ذهنياً فى انتاجه . وكان يمكن للمشرع تنظيم العلاقة بين الشخص الطبيعى الذى قام بالتأليف وبين الشخص المعنوى الذى وجهه على أسس أقرب الى الواقعية توفر فى ذات الوقت للشخص المعنوى السلطات التى تتناسب مع ما قام به من توجيه . ولكن الحجة الوحيدة التى تسند موقف المشرع ، هو أنه قد خرج على الأصول المتقدمة نزولاً على الاعتبارات العملية .

المبحث الثانى

مضمون حق المؤلف

تمهيد :

إذا توافرت فى المصنف الشروط التى عرضنا لها ، استحق صاحب المصنف حماية القانون حيث تتوافر له المصلحة فى هذه الحماية .

ومصلحة المؤلف مزدوجة ، مالية وأدبية ، فله مصلحة أدبية تقتضى أن يُمكن المؤلف من حماية شخصيته التى تجلت وظهرت فى نتاج فكره ، ومصلحة مالية تقتضى أن يكون له وحده الحق فى استغلال مصنفه والحصول على منافعه الإقتصادية .

وبناء على ذلك يكون للمؤلف على مصنفه حقين : حق أدبى وحق مالى ، فنعرض لهذين الحقين على التوالى :

المطلب الأول : الحق الأدبى للمؤلف .

المطلب الثانى : الحق المالى للمؤلف .

المطلب الأول

الحق الأدبى للمؤلف

نعرض فى هذا المطلب لمضمون الحق الأدبى للمؤلف ثم لخصائصه .

أولاً : مضمون الحق الأدبى للمؤلف

يعد الحق الأدبى للمؤلف من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، فكل مصنف من خلق الذهن البشرى يحمل بين طياته البصمات التى تميّز شخصية وفكر مؤلفه ، فهذا الحق يعد وثيق الصلة بالجانب الذهنى للشخصية . فالانتاج الذهنى يعد جزءاً من فكر الانسان وعقليته وملكاته .

ولا يتصور وجود الحق الأدبى بعد وجود الحق المالى ، فالحق الأولى يسبق

فى وجوده الحق المالى ، حيث لا يغنم المؤلف الثمرات الاقتصادية لفكره إلا بعد أن يقرر نشر مصنفه . والحق الأدبى للمؤلف لا بد وأن يستمر الى ما بعد انقضاء حقوق الاستغلال المالية ، ذلك أن المصنف يعبر عن شخصية صاحبه ويعد مرآة لهذه الشخصية ولذلك يلزم تأكيد احترام ذكرى صاحب المصنف عن طريق اضفاء نوع من الاحترام القانونى للحق الأبى حتى بعد وفاة مؤلفه . ومعنى ما تقدم أن الحق الأدبى يوجد قبل الحق المالى ، ويستمر حتى بعد انقضاء الحق الأخير .

ولذلك يتضمن الحق الأدبى عدة سلطات ترمى جميعها الى تمكين المؤلف من حماية شخصيته التى تجلت فى نتاج فكره . هذا مع ملاحظة أن يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل تصرف يرد على اى من الحقوق الأدبية الآتى بيانها :

(أ) الحق فى إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة :

للمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره . ويراعى أن سلطته فى هذا الشأن مطلقة ، فهو الذى يقدّر مدى صلاحية انتاجه الذهنى للنشر واثر هذا النشر على سمعته .

وللمؤلف وحده أيضاً سلطة تحديد طريقة نشر مصنفه ، فإذا ارتضى المؤلف أن ينشر مصنفه بطريقة معيّنة ، فلا يجوز للغير أن يعاود هذا النشر أو أن ينشر بطريقة أخرى بدون اذن من المؤلف .

غير انه إذا قام المؤلف بنشر مصنفه فعلاً ، فإن هناك عدة قيود تحد من سلطته بعد ذلك . وهى قيود يمليها الصالح العام « فللهيئة الاجتماعية حقاً فى تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى » :

وبناء على ما تقدم تقضى المادة (١٧١) من القانون بما يلى :

« مع عدم الاخلال بحقوق المؤلف الأدبية طبقاً لأحكام هذا القانون ، ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بأى عمل من الأعمال الآتية :

أولاً : اداء المصنف فى اجتماعات داخل إطار عائلى أو بطلاب داخل المنشأة التعليمية مادام ذلك يتم بدون تحصيل مقابل مالى مباشر أو غير مباشر .

ثانياً – عمل نسخة وحيدة من المصنف لاستعمال الناسخ الشخصى المحض وبشرط الا يخل هذا النسخ بالاستغلال العادى للمصنف أو يلحق ضرراً غير

مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو لأصحاب حق المؤلف . ومع ذلك يكون للمؤلف أو خلفه بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بدون إذنه بأى من الأعمال الآتية:

- نسخ أو تصوير مصنفات الفنون الجميلة أو التطبيقية أو التشكيلية ما لم يكن فى مكان عام أو المصنفات المعمارية .

- نسخ أو تصوير كل أو جزء جوهرى لنوتة مصنف موسيقى .

- نسخ أو تصوير كل أو جزء جوهرى لقاعدة بيانات أو برامج حاسب آلى .

ثالثاً - عمل نسخة وحيدة من برنامج الحاسب الآلى بمعرفة الحائز الشرعى له بغرض الحفظ أو الإحلال عند فقد النسخة الأصلية أو تلفها أو عدم صلاحيتها للاستخدام ، أو الاقتباس من البرنامج وإن جاوز هذا الاقتباس القدر الضرورى لاستخدام هذا البرنامج مادام فى حدود الغرض المرخص به ويجب إتلاف النسخة الأصلية أو المقتبسة بمجرد زوال سند الحائز ، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون حالات وشروط الاقتباس من البرنامج .

رابعاً - عمل دراسات تحليلية للمصنف أو مقتطفات أو مقتبسات منه بقصد النقد أو المناقشة أو الإعلام .

خامساً - النسخ من مصنفات محمية وذلك للاستعمال فى إجراءات قضائية أو إدارية فى حدود ما تقتضيه هذه الاجراءات مع ذكر المصدر وإسم المؤلف .

سادساً - نسخ اجزاء قصيرة من مصنف فى صورة مكتوبة أو مسجلة تسجيلاً سمعياً أو بصرياً أو سمعياً بصرياً ، وذلك لأغراض التدريس بهدف الإيضاح أو الشرح ، بشرط أن يكون النسخ فى الحدود المعقولة والا يتجاوز الغرض منه ، وأن يذكر اسم المؤلف وعنوان المصنف على كل النسخ كلما كان ذلك ممكناً عملاً .

سابعاً - نسخ مقال أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف إذا كان ذلك ضرورياً لأغراض التدريس فى منشآت تعليمية ، وذلك بالشرطين الآتيين :

- أن يكون النسخ لمرة وحيدة أو فى أوقات منفصلة غير متصلة .

- أن يشار إلى اسم المؤلف وعنوان المصنف على كل نسخة .

ثامناً - تصوير نسخة وحيدة من المصنف بواسطة دار للوثائق أو المحفوظات

أو بواسطة المكتبات التى لا تستهدف الربح - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - وذلك فى أى من الحالتين الآتيتين :

- أن يكون النسخ لمقالة منشورة أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف متى كان الغرض من النسخ تلبية طلب شخص طبيعى لاستخدامها فى دراسة أو بحث على أن يتم ذلك لمرة واحدة أو على فترات متفاوتة .

- أن يكون النسخ بهدف المحافظة على النسخة الأصلية أو لتحل النسخة محل نسخه فقدت أو تلفت أو اصبحت غير صالحة للاستخدام ويستحيل الحصول على بديل لها بشروط معقولة .

تاسعاً - النسخ المؤقت للمصنف الذى يتم تبعاً أو أثناء البث الرقمى له أو أثناء القيام بعمل يسهدف استقبال مصنف مخزن رقمياً ، وفى إطار التشغيل العادى للأداة المستخدمة ممن له الحق فى ذلك » .

كما تقضى المادة ١٧٢ بأنه : « مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية طبقًا لأحكام هذا القانون فليس للمؤلف أو خلفه أن يمنع الصحف أو الدوريات أو هيئات الإذاعة ، فى الحدود التى تبررها أغراضها مما يلى :

أولا - نشر مقتطفات من مصنفاته التى أتيحت للجمهور بصورة مشروعة ، ومقالاته المنشورة المتعلقة بالموضوعات التى تشغل الرأى العام فى وقت معيّن ، ما لم يكن المؤلف قد حظر ذلك عند النشر ، وبشرط الإشارة إلى المصدر الذى نقلت عنه وإلى اسم المؤلف وعنوان المصنف .

ثانياً - نشر الخطب والمحاضرات والندوات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية . ومع ذلك يظل للمؤلف وحده أو خلفه الحق فى جمع هذه المصنفات فى مجموعات تنسب إليه .

ثالثاً - نشر مقتطفات من مصنف سمعى أو بصرى أو سمعى بصرى متاح للجمهور وذلك فى سياق التغطية الإخبارية للأحداث الجارية » .

ولا يحول ثبوت هذا الحق الأدبى للمولف من جواز ترجمة مصنفه حتى دون إذنه ولكن بقيود معينة ، حيث تقضى المادة (١٧٠) من القانون بأنه :

« يجوز لأى شخص ان يطلب من الوزارة المختصة منحه ترخيصاً شخصياً للنسخ أو الترجمة أو بهما معاً لأى مصنف محمى طبقًا لأحكام هذا القانون ،

وذلك دون إذن المؤلف وللأغراض المبينة فى الفقرة التالية نظير سداد تعويض عادل للمؤلف أو خلفه . ويشرط الا يتعارض هذا الترخيص مع الاستغلال العادى للمصنف ، أو يلحق ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو لأصحاب حق المؤلف .

ويكون إصدار الترخيص بقرار مسبب يحدد فيه النطاق الزمانى والمكانى له ولأغراض الوفاء باحتياجات التعليم بكافة انواعه ومستوياته .

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون حالات وشروط منح الترخيص وفئات الرسم المستحق بما لا يجاوز الف جنيه عن كل مصنف » .

(ب) الحق فى نسبة المصنف الى المؤلف :

للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب اليه مصنفه على الدوام فيكون له أن ينشره باسمه ، أو باسم مستعار ، أو بغير اسم على الاطلاق . وفى هاتين الحالتين يظل له الحق فى أن يعلن عن شخصيته فى أى وقت مهما طال الزمن . وإذا نشر المصنف منسوباً الى شخص آخر ، كان للمؤلف الحق فى أن يثبت حقيقة نسبة المصنف اليه ، حتى ولو كان النشر بهذه الصورة قد تم برضاه .

وعلى اى حال فلقد قضت المادة (١٧٦) من القانون بأن :

« يعتبر مؤلف المصنفات التى لا تحمل اسم المؤلف أو التى تحمل اسمًا مستعاراً مفوضاً للنشر لها فى مباشرة الحقوق المنصوص عليها فى هذا القانون ، ما لم يعين المؤلف وكيلاً آخر او يعلن عن شخصه ويثبت صفته » .

(جـ) ادخال ما يراه المؤلف من تعديل أو تحوير فى مصنفه ومنع غيره من ذلك :

للمؤلف وحده الحق فى ادخال ما يرى من تعديلات أو تحويرات فى مصنفه . فله وحده أن يحذف منه أو يغير فيه أو يحوله من لون من الوان الأدب أو الفن أو العلم الى لون آخر او يلخصه اويقوم بشرحه أو التعليق عليه او ترجمته الى لغة أخرى . فلا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن منه او ممن يخلفه . فلقد منح القانون المؤلف « الحق فى منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفًا له ، ولا يعد التعديل فى مجال الترجمة اعتداء ، إلا إذا اغفل المترجم

الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته » (م ١٤٣ من القانون) .

ولكن يلاحظ أن المشرع وقد أراد تيسير ترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية ، قد قضى فى المادة (١٤٨) من القانون بأن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف الى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » . وعلى ذلك يجوز ترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية بعد ثلاث سنوات من نشر المصنف دون حاجة الى اذن من المؤلف ودون أن يكون له حق فى أى تعويض . « ولا شك فى قسوة هذا الحكم . وإذا كانت مصلحة الثقافة العامة فى مصر تقتضى الا يستأذن المؤلف فى ترجمة مصنفه الى العربية فلا أقل من أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً يترك تقديره للقضاء عند الاختلاف » .

ويراعى أن سلطة المؤلف فى منع الحذف والتغيير سلطة مقيدة فى حالة الترجمة . فقد قضت المادة (١٤٣) بأنه : « ولا يعد التعديل فى مجال الترجمة اعتداءً إلا إذا اغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته » . فالمشرع فى هذا النص قد راعى أن ضرورات الترجمة تقتضى ان يترك للمترجم قدراً من حرية التصرف ، إلا انه لم يهدر فى ذات الوقت حق المؤلف ومصلحته الأدبية ، فأوجب على المترجم الاشارة الى مواطن التعديل ، وجعل حريته فى التصرف منوطة بعدم المساس بسمعة المؤلف .

(د) الحق فى سحب المصنف من التداول :

للمؤلف الحق فى أن يسحب مصنفه من التداول بعد أن تم نشره . فقد يرى المؤلف أن مصنفه قد أصبح غير متلائم مع تطور فكره ، الأمر الذى قد يضر بسمعته ، او انه لم يعد متلائماً مع الأفكار السائدة فى المجتمع أو القيم المسلمة فيه، فيسحب من التداول ما قد يكون باقياً من نسخ .

ولكن يلاحظ أنه إذا كان المؤلف قد تصرف فى حق الاستغلال المالى للمصنف، فإن استعماله لسلطة السحب لا يتم إلا بحكم من المحكمة الابتدائية إذا قدرت أن هناك أسباب خطيرة تدعو الى ذلك . وفى هذه الحالة يجب على المؤلف

ان يعوض من آل اليه حق الاستغلال المالى تعويضًا عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل اثر للحكم . فتقضى المادة (١٤٤) من القانون بأنه :

« للمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جدية - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول او بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى ، ويلزم المؤلف فى هذه الحالة ان يعوض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم» .

ثانيا : خصائص الحق الأدبى للمؤلف

(أ) الحق الأدبى للمؤلف من الحقوق اللصيقة بالشخصية :

يعد الحق الأدبى للمؤلف حقاً غير مالى متصلاً بشخصية المؤلف . وان كان يتميّز عن حقوق الشخصية البحتة فى انه يعد عنصراً فى حق المؤلف الذى يرد على المصنف ذاته . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١- ان الحق الأدبى للمؤلف غير قابل للتصرف فيه : فلا يجوز التصرف فى هذا الحق ، إذ ان طبيعته والهدف منه يجعلانه مما لا يجوز التعامل فيه . ولذلك قضت المادة (١٤٥) من القانون بأن « يقع باطلاً بطلاناً مطلقًا كل تصرف يرد على اى من الحقوق الأدبية المنصوص عليها فى المادتين (١٤٣) والمادة (١٤٤) .

٢- ان الحق الأدبى لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالت المدة (م ١٤٣ من القانون) : فلا يكون حقاً موقوتاً بمدة معيّنة . فهو ينشأ بمجرد وجود المصنف ويظل قائمًا الى الأبد طوال حياة المؤلف وبعد وفاته . وبناء على ما تقدم إذا تم نشر المصنف باسم مستعار أو بدون اسم ، كان للمؤلف الحقيقى أن يكشف عن شخصيته ونسبة المصنف اليه وحده مهما طال الأمد .

٣- أن الحق الأدبى لا يجوز الحجز عليه .

٤- وللمؤلف ان يدفع اى اعتداء على حقه الأدبى ، فله منع نشر مصنفه دون اذنه ، وله منع نسبته الى غيره ، وله منع اى حذف أو تغيير فيه حتى ولو لم يؤد ذلك الى الحاق اى ضرر به بل ولو زاد مصنفه رواجاً بسبب هذا الحذف أو التغيير . كما له الحق فى التعويض عما يصيبه من اضرار من جراء الاعتداء على حقه الأدبى.

(ب) انتقال الحق الأدبى الى الورثة :

لا ينقضى الحق الأدبى بوفاة المؤلف ، بل ينتقل الى ورثته بعد وفاته ، ويبقى هذا الحق لهم مؤبداً على الدوام على عكس الحق المالى . ولكن انتقال الحق الأدبى للمؤلف الى ورثته لا يعنى أن نسبة المصنف الى المؤلف تنتقل الى ورثته ، فهى تظل له وحده والى الأبد ، وانما يعنى هذا الانتقال ، أن بعض السلطات الأخرى التى يخوّلها هذا الحق هى التى تنتقل الى الورثة بغية تمكينهم من المحافظة على سمعة المؤلف الأدبية والفنية على الوجه الذى ارتضاه المؤلف نفسه قبل وفاته . ومن جهة أخرى فإن المصلحة العامة تقتضى التقييد من سلطة الورثة فى رفض نشر ما لم يستطع المؤلف نشره قبل وفاته .

١- فللورثة السلطة الكاملة فى المحافظة على نسبة المصنف الى المؤلف وعلى بقاء المصنف بحالته التى أرادها دون حذف أو تغيير ، ودفع أى اعتداء على هذا الحق أو ذاك (م ١٤٣ من القانون). كما أن لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى الناتج عن هذا التعدى .

٢- ولكن ليس للورثة الحق فى سحب المصنف من التداول طالما أن المؤلف لم يوصِ بذلك قبل وفاته ، فإن عدم ايصائه بذلك ، إنما يعنى أنه قد ارتضى بقاء مصنفه معروضاً على الجمهور . وليس للورثة ، وحيث تنحصر مهمتهم فى حماية سمعة المؤلف ، أن يروا عكس ما راى مورثهم المؤلف .

وكان مقتضى ما تقدم أيضًا ، حرمان الورثة من اجراء أى تعديل أو حذف فى المصنف الذى خرج فى شكل معيّن فى حياة المؤلف . ومع ذلك فقد سوى المشرع فى المادة (١٤٣) من القانون بين المؤلف وخلفه العام فى التمتع بالحقوق الأدبية ، وبالتالى إذا كان من حق المؤلف ادخال تعديلات على مصنفه بما له من حق أدبى ، فإن هذا الأمر يثبت أيضاً لورثته . والحقوق المشار اليها فى النص هى الحق فى ادخال التعديلات على المصنف . وقد رأى البعض فى هذا النص أن هذه السلطة الخطيرة للخلف يؤخذ عليها أنها تجاوز القدر الذى يجب أن تقف عنده وظيفة الحق الأدبى ومهمة الخلف وفقاً لما تتطلبه هذه الوظيفة . ذلك أن هذا الحق الذى كان يخوّل للمؤلف سلطات مطلقة يصبح فى يد الورثة أداة تنحصر وظيفتها فى تحقيق غرض معيّن ، هو حماية نكر المؤلف ، بحيث يحافظون على المصنف من كل تشويه أو تحريف .

٣- أما فيما يتعلق بسلطة تقرير النشر ، فيلاحظ أنه « إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه انتقل حق تقرير النشر الى من يخلفونه ... على أنه إذا كان

المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به » . ومقتضى ذلك أن يتقيّد الخلف بالإرادة الصريحة التى ظهرت من جانب المؤلف . وإذا لم تظهر هذه الارادة الصريحة قبل موت المؤلف انتقل حق تقرير النشر الى الخلف .

ولكن هذه السلطة يرد عليها قيد يقتضيه الصالح العام . فإذا أحجم الخلف فى هذه الحالة عن نشر المصنف لعجزهم أو عدم أهليتهم أو لغير ذلك من الأسباب، أو لم يكن هناك وارث أو خلف للمؤلف كان لوزير الثقافة (طبقًا للمادة ٢٣ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الملغى) أن يحل محل هؤلاء فى مباشرة الحقوق الأدبية والمالية التى خولهم إياها القانون وذلك بعد إستصدار أمر من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ومع تعويضهم تعويضاً عادلاً . أما المشرع فى القانون الحالى فلقد تعرض للفرض الأخير فقط فنصت المادة (١٤٦) من القانون بأن «تباشر الوزارة المختصة ، الحقوق الأدبية المنصوص عليها فى المادتين (١٤٣) و (١٤٤) من هذا الكتاب ، فى حالة عدم وجود وارث أو موصى له ، وذلك بعد انقضاء مدة حماية الحقوق المالية المقررة فيه » .

الحق الأدبى لفنانو الأداء :

لقد خصص المشرع الكتاب الثالث من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية «لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة » . ولقد قصد المشرع بالحقوق المجاورة حقوق فنانو الأداء ومنتجو التسجيلات الصوتية ، وهيئات الإذاعة . ويقصد بفنانو الأداء «الأشخاص الذين يمثلون أو يغنون أو يلقون أو ينشدون أو يعزفون أو يرقصون فى مصنفات أدبية أو فنية محمية طبقًا لأحكام هذا القانون أو آلت إلى الملك العام ، أو يؤدون فيها بصورة أو بأخرى ، بما فى ذلك التعبيرات الفلكلورية » .

وفى شأن الحق الأدبى لفنانو الأداء قضى المشرع فى المادة (١٥٥) بأن :

« يتمتع فنانو الأداء وخلفهم العام بحق ادبى أبدى لا يقبل التنازل عنه أو التقادم يخولهم ما يلى :

١- الحق فى نسبة الأداء الحى أو المسجل إلى فنانى الأداء ، على النحو الذى ابدعوه عليه .

٢- الحق فى منع أى تغيير أو تحريف أو تشويه فنى لأدائهم .

وتباشر الوزارة المختصة هذا الحق الأدبى فى حالة عدم وجود وارث أو موصى له وذلك بعد انقضاء مدة حماية الحقوق المالية المنصوص عليها فى هذا القانون» .

المطلب الثانى

الحق المالى للمؤلف

نعرض فى هذا المطلب الثانى لمضمون الحق المالى للمؤلف ثم لخصائصه .

أولاً : مضمون الحق المالى للمؤلف

تقضى المادة (١٤٧) بأن : « يتمتع المؤلف وخلفه العام من بعده بحق استئثارى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه وبخاصة عن طريق النسخ أو البث الإذاعى أو إعادة البث الإذاعى أو الأداء العلنى أو التوصيل العلنى ، أو الترجمة أو التحوير أو التأجير أو الإعارة أو الإتاحة للجمهور ، بما فى ذلك إتاحته عبر أجهزة الحاسب الآلى أو من خلال شبكات الإنترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات وغيرها من الوسائل .

ولا ينطبق الحق الاستئثارى فى التأجير على برامج الحاسب الآلى إذا لم تكن هى المحل الأساسى للتأجير ، ولا على تأجير المصنفات السمعية البصرية متى كان لا يؤدى إلى انتشار نسخها على نحو يلحق ضرراً مادياً بصاحب الحق الاستئثارى المشار إليه .

كما يتمتع المؤلف وخلفه من بعده بالحق فى تتبع أعمال التصرف فى النسخة الأصلية لمصنفه ، والذى يخوله الحصول على نسبة مئوية معينة لا تجاوز عشرة فى المائة من الزيادة التى تحققت من كل عملية تصرف فى هذه النسخة .

ويستنفد حق المؤلف فى منع الغير من استيراد أو استخدام أو بيع أو توزيع مصنفه المحمى وفقاً لأحكام هذا القانون إذا قام باستغلاله وتسويقه فى أية دولة أو رخص للغير بذلك » .

وفيما يتعلق بأصحاب الحقوق المجاورة لحق المؤلف ، فلهم كذلك حق الاستغلال المالى فتقضى المادة (١٥٦) من القانون بأن :

« يتمتع فنانو الأداء بالحقوق المالية الاستئثارية الآتية :

١- توصيل ادائهم إلى الجمهور والترخيص بالإتاحة العلنية أو التأجير أو الإعارة للتسجيل الأصلى للأداء أو لنسخ منه .

٢- منع أى استغلال لأدائهم ، بأية طريقة من الطرق ، بغير ترخيص كتابى مسبق منهم ، ويعد استغلالاً محظوراً بوجه خاص تسجيل هذا الأداء الحى على دعامة أو تأجيرها بهدف الحصول على عائد تجارى مباشر أو غير مباشر أو البث الإذاعى لها إلى الجمهور .

٣- تأجير أو إعارة الأداء الأصلى أو نسخ منه لتحقيق غرض تجارى مباشر أو غير مباشر ، بغض النظر عن ملكية الأصل أو النسخ المؤجرة .

٤- الإتاحة العلنية لأداء مسجل عبر الإذاعة أو أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل ، وذلك بما يحقق تلقيه على وجه الانفراد فى أى زمان أو مكان .

ولا يسرى حكم هذه المادة على تسجيل فنانى الاداء لأدائهم ضمن تسجيل سمعى بصرى ما لم يتفق على غير ذلك » .

كما تقضى المادة (١٥٧) من القانون بأن :

« يتمتع منتجو التسجيلات الصوتية بالحقوق المالية الاستئثارية الآتية :

١- منع أى استغلال لتسجيلاتهم بأية طريقة من الطرق بغير ترخيص كتابى مسبق منهم ، ويعد بوجه خاص استغلالاً محظوراً فى هذا المعنى نسخها أو تأجيرها أو البث الإذاعى لها أو إتاحتها عبر أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل .

٢- الإتاحة العلنية لتسجيل صوتى بوسائل سلكية أو لاسلكية أو عبر أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل » .

كما تقضى المادة (١٥٨) من القانون بأن :

« تتمتع هيئات الإذاعة بالحقوق المالية الاستئثارية الآتية :

١- منح الترخيص باستغلال تسجيلاتها .

٢- منع أى توصيل لتسجيلها التلفزيونى لبرامجها إلى الجمهور بغير ترخيص كتابى مسبق منها ، ويعد بوجه خاص استغلالاً محظوراً تسجيل هذه البرامج أو عمل نسخ منها أو بيعها أو تأجيرها أو إعادة بثها أو توزيعها أو نقلها إلى الجمهور بأية وسيلة كانت بما فى ذلك الإزالة أو الإتلاف لأية حماية تقنية لهذه البرامج كالتشفير أو غيره » .

ونشير أخيراً إلى أن المشرع وضع قيداً معيناً على حق المصور لغيره فى نشر أو إذاعة أو نسخ ما صوره ، فقضى فى المادة ١٧٨ من القانون بأنه :

« لا يحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخًا منها دون إذنه أو إذن من فى الصورة جميعاً ما لم يتفق على خلافه . ومع ذلك يجوز نشر الصورة بمناسبة حوادث وقعت علناً أو إذا كانت الصورة تتعلق بأشخاص ذوى صفة رسمية أو عامة أو يتمتعون بشهرة محلية أو عالمية أو سمحت بهذا النشر السلطات العامة المختصة خدمة للصالح العام ، ويشرط الا يترتب على عرض الصورة أو تداولها فى هذه الحالة مساس بشرف الشخص أو بسمعته أو اعتباره .

ويجوز للشخص الذى تمثله الصورة أن يأذن بنشرها فى الصحف وغيرها من وسائل النشر حتى ولو لم يسمح بذلك المصور ما لم يتفق على غير ذلك .

وتسرى هذه الأحكام على الصور أيا كانت الطريقة التى عُملت بها من رسم أو حفر أو أية وسيلة أخرى » .

ثانيًا : خصائص الحق المالى للمؤلف

الحق المالى للمؤلف - باعتباره من الحقوق المالية - يخضع لماتخضع له هذه الحقوق من قواعد قانونية (١) ، ولكن يتميّز هذا الحق - مع ذلك بعدة خصائص وهى:

(أ) مدى قابلية الحق المالى للحجز :

تقضى المادة (١٥٤) بأنه : « يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين على المنشور أو المتاح للتداول من مصنفاتهم . ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يتوفى صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت أن إرادته كانت قد انصرفت إلى نشرها قبل وفاته » .

فمن المعلوم أن الحجز ينتهى حتماً ببيع الشىء المحجوز عليه بالمزاد ، فيستوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذى رسا به المزاد . ولا جدوى من بيع حق الاستغلال المالى بالمزاد ، ذلك أن الاستغلال المالى لا يكون إلا بنشر المصنف على الجمهور ، وقد ثبت لنا فيما تقدم أن سلطة تقرير النشر سواء لأول مرة أو

---

(١) يراعى أن المادة (١٧٣) من القانون تقضى بأن « تنطبق القيود الواردة على الحقوق المالية للمؤلف طبقاً لأحكام هذا القانون على أصحاب الحقوق المجاورة » .

بإعادة استخراج نسخ من المصنف بعد نفاذ النسخ الأولى منه ، من حق المؤلف وحده ، لا تنتقل الى الغير ، ولهذه الأسباب ، لا جدوى لدائنى المؤلف من الحجز على حق الاستغلال المالى ، ذلك أنه لن يستطيع من يرسو عليه المزاد أن يقوم بعملية الاستغلال إلا إذا قرر المؤلف نشر مصنفه .

أما إذا نشر المؤلف مصنفه ، فإنه يجوز الحجز على ما يكون موجوداً من نسخ . فالحجز لايرد هنا على حق الاستغلال وانما يرد على أشياء مادية ذات قيمة مالية ، هى هذه النسخ ذاتها .

وإذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، فلا يجوز الحجز على حق الاستغلال المالى إلا إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف أراد النشر قبل وفاته . إذ أن الخلف فى هذه الحالة لا يستطيعون أن يقرروا عدم النشر فيجعلوا الحجز غير مجد ، فسلطة الورثة فى تقرير النشر أو منعه مقيّدة بما قرره المؤلف قبل وفاته .

(ب) الايصاء بحق الاستغلال المالى :

يثبت الحق المالى للمؤلف طوال حياته ، وينتقل بعد وفاته الى ورثته وفقاً للقواعد التى ينتقل بها أى مال آخر من أمواله تركته . « وفى هذه القاعدة ما يكفل استكمال فكرة الحافز الشخصى بوصفها هى الأساس فى تقرير الحق المالى للمؤلف ، إذ لا شك أن الانسان إذ يعمل لا يريد بذلك نفعاً مادياً لنفسه فحسب ، وانما هو يريد أن يكفل أسباب العيش لأسرته » .

وكما ينتقل الحق بعد وفاة المؤلف بالميراث ، فإنه ينتقل كذلك بالوصية . وفى صدد الوصية كانت المادة ١٨/٢ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٨٥٤ تقضى بأنه «يجوز للمؤلف أن يعيّن أشخاصاً بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى ولو جاوز المؤلف فى ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية » . وهذا الحكم يعد استثناء على القاعدة العامة التى لا تجيز الايصاء بأكثر من ثلث التركة إلا باجازة الورثة . وعلى ذلك يجوز للمؤلف أن يوصى بحق الاستغلال المالى ولو كانت قيمته تزيد على ثلث التركة ، بل وحتى إذاانحصرت تركته فيه . « ويبدو أن المشرع فى القانون السابق قد راعى فى ذلك أن المصنف خلق ذهنى تتجلى فيه شخصية المؤلف ، مما يقتضى أن تترك للمؤلف الحرية فى اختيار من يقيمهم أمناء عليه . وقد كان يكفى ، لتحقيق هذا الغرض ، أن ينص على حق المؤلف فى

ان يعيّن من يشاء لمباشرة سلطاته الأدبية بعد وفاته ، على أن يظل الحق المالى للورثة لا يجوز الايصاء به فيما زاد على ثلث التركة طبقاً للقواعد العامة » . ولم يرد فى القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ نص مماثل لنص المادة ٢/١٨ من القانون الملغى .

(جـ) توقيت الحق المالى :

الحق المالى للمؤلف هو حق مؤقت بطبيعته ، وقد أجمعت كافة الشرائع على هذا التأقيت ، فلهذا الحق مدة معيّنة ، يتم حسابها عادة من وقت وفاة المؤلف ، وينقضى بانقضائها حق الورثة فى احتكار استغلال المصنف ، فيكون لمن يشاء بعد ذلك أن يقوم بهذا الاستغلال دون أن يلتزم بالاتفاق مع الورثة أو أن يدفع أى تعويض لهم .

« والحكمة فى هذا التوقيت هى أن المصلحة العامة تقتضى تيسير نشر ما ينتجه العقل الانسانى بغير عقبة ما ، وإذا كانت مصلحة المؤلف جديرة بالحماية طوال حياته ، إذ تكفل له تلك الحماية حافزاً شخصياً على الانتاج كما تقدم ، وإذا كان من الضرورى استكمالاً لفكرة الحافز الشخصى أن ينتقل حق المؤلف بعد وفاته الى ورثته ، فإن المصلحة العامة تقتضى الا يكون حق الورثة مؤبداً ، خصوصًا وأن المصنفات التى تظل محتفظة بقيمتها رغم مضى الزمن على تأليفها، بحيث تدعو الحاجة الى اعادة نشرها ، تصبح جزءاً من ثروة المجتمع الفكرية ، ويكفى الورثة ، وهم لم يبذلوا جهداً ، أن يثبت لهم الحق المالى الى أجل معقول » .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد أن ينقضى حق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ١٦٠ من القانون) . وتحسب مدة الخمسين سنة من تاريخ وفاة المؤلف ، وإذا كان المصنف مشتركاً تحسب هذه المدة من تاريخ وفاة آخر من بقى حياً من المشتركين فى تأليفه (مادة ١٦١ من القانون) . وتنطبق هذه القاعدة حتى ولو كان المصنف المشترك لم ينشر إلا بعد وفاة جميع المشتركين فى تأليفه .

وترد على القواعد المتقدمة الاستثناءات الآتية :

أولاً : تقضى المادة (١٦٢) من القانون بأن « تحمى الحقوق المالية لمؤلفى المصنفات الجماعية - باستثناء مؤلفى مصنفات الفن التطبيقى - مدة خمسين

سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد . وذلك إذا كان مالك حقوق المؤلف شخصاً اعتبارياً ، أما إذا كان مالك هذه الحقوق شخصاً طبيعياً فتكون مدة الحماية طبقاً للقاعدة المنصوص عليها فى المادتين (١٦٠) ، (١٦١) من هذا القانون .

وتنقضى الحقوق المالية على المصنفات التى تنشر لأول مرة بعد وفاة مؤلفها بمضى خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد » .

ثانيًا : تقضى المادة (١٦٣) من القانون بأن « تحمى الحقوق المالية على المصنفات التى تنشر بدون اسم مؤلفها أو باسم مستعار لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد . فإذا كان مؤلفها شخصاً معروفًا ومحدداً أو كشف مؤلفها عن شخصه فتكون مدة الحماية طبقاً للقاعدة المنصوص عليها فى المادة (١٦٠) من هذا القانون ».

ثالثًا : تقضى المادة (١٦٤) من القانون بأن : « تنقضى الحقوق المالية لمؤلفى مصنفات الفن التطبيقى بانقضاء خمس وعشرين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد » .

رابعاً : تقضى المادة (١٦٥) من القانون بأنه « فى الأحوال التى تحسب فيها مدة الحماية من تاريخ النشر أو الإتاحة للجمهور لأول مرة ، يتخذ تاريخ أول نشر أو أول إتاحة للجمهور أيهما أبعد مبدأ لحساب المدة ، بغض النظر عن إعادة النشر أو إعادة الإتاحة للجمهور إلا إذا أدخل المؤلف على مصنفه عند الإعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفاً جديداً .

فإذا كان المصنف يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفاً مستقلاً عند حساب مدة الحماية » .

خامساً : تقضى المادة (١٦٦) من القانون بأن : « يتمتع فنانو الأداء بحق مالى استئثارى فى مجال أدائهم ، على النحو المبين فى المادة (١٥٦) من هذا القانون وذلك لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ الأداء أو التسجيل على حسب الأحوال » .

سادساً : وتقضى المادة (١٦٧) من القانون بأن : « يتمتع منتجو التسجيلات الصوتية بحق مالى استئثارى فى مجال استغلال تسجيلاتهم ، على النحو المبين فى المادة (١٥٧) ، وذلك لمدة خمسين سن تبدأ من تاريخ التسجيل أو النشر أيهما

أبعد ، وذلك فى الحدود ا لمنصوص عليها فى هذا القانون» .

سابعاً : تقضى المادة (١٦٨) من القانون بأن : « تتمتع هيئات البث الإذاعى ، بحق مالى استئثارى يخول لها استغلال برامجها لمدة عشرين سنة تبدأ من التاريخ الذى تم فيها أول بث لهذه البرامج » .

ويراعى أن لهيئات البث الإذاعى « الحق فى إذاعة المصنفات التى تؤدى فى أى مكان عام . وتلتزم هذه الهيئات بإذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف وبسداد مقابل عادل نقدى أو عينى للمؤلف . كما تلتزم بسداد أى تعويض آخر إذا كان لذلك مقتضى» (مادة ١٦٩ من القانون).

(د) التصرف فى الحق المالى :

الحق المالى للمؤلف ، وهو عبارة عن حق الاستغلال المالى للمصنف ، يجوز التصرف فيه ، ككافة الحقوق المالية . وسواء أتم المؤلف تأليف مصنفه أم لم يتمه ، فيجوز أن يتعاقد مع ناشر على بيع حقوقه المالية فى مصنف لم يتم تأليفه بعد ، وذلك نزولاً على حكم القواعد العامة التى تجيز التعامل فى الأشياء المستقبلة .

والتصرف فى حق الاستغلال قد يشمل التصرف فى الحق المالى بأكمله ، أو أن يكون تصرفًا جزئياً ، كأن يكون قاصراً على بعض طرق الاستغلال أوموقوتاً بمدة معيّنة أو محدوداً بمكان معيّن . كما انه قد يكون معاوضة أو تبرعاً ، فإذا كان معاوضة ، فقد يكون العوض فيه مبلغاً جزافياً أو نسبة معيّنة من الايراد .

فلقد قضى المشرع فى المادة (١٥٠) بأن « للمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدى أو العينى الذى يراه عادلاً نظير نقل حق أو اكثر من حقوق الاستغلال المالى لمصنفه إلى الغير ، على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج من الاستغلال ، كما يجوز له التعاقد على أساس مبلغ جزافى أو بالجمع بين الأساسين » .

كما قرر المشرع فى المادة (١٥١) بأنه : « إذا تبين أن الاتفاق المشار إليه فى المادة (١٥٠) من هذا القانون مجحف بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك ، لظروف طرأت بعد التعاقد ، يكون للمؤلف أو خلفه أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بطلب إعادة النظر فى قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق المتعاقد معه وعدم الإضرار به » .

على انه لا يجوز للمؤلف أن يتصرف فى مجموع إنتاجه الفكرى فى

المستقبل. فقد قضت المادة ١٥٣ من القانون بأنه « يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبلى » . والسبب فى هذا الحكم ، أن مثل هذا التصرف يتضمن حجراً على حرية المؤلف الشخصية ، وهذا لا يجوز .

وتقضى المادة (١٥٢) بأن « لا يترتب على تصرف المؤلف فى النسخة الأصلية من مصنفه أياً كان نوع هذا التصرف ، نقل حقوقه المالية .

ومع ذلك لا يجوز إلزام المتصرف إليه بأن يمكن المؤلف من نسخ أو نقل أو عرض النسخة الأصلية . وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » .

وفى صدد توضيح الحكم السابق يجب أن نفرّق بين التصرف فى حق استغلال المصنف ، والتصرف فى نسخة من المصنف . فالتصرف فى نسخة من المصنف لا يعنى بذاته التصرف فى حق الاستغلال المالى ، ولو كان التصرف قد ورد على النسخة الأصلية أو النسخة الوحيدة للمصنف . فمثلاً لو إشترى شخص صورة من فنان ، فلا يجوز له أن يستغلها عن طريق عمل نسخ فوتوغرافية منها ، وانما يظل حق الاستغلال للفنان نفسه . ولكن إذا كانت النسخة موضوع التصرف هى النسخة الوحيدة ، فإن المؤلف لن يتمكن من مباشرة حق الاستغلال المالى عن طريق نسخها أو عرضها أو نقلها إلا بالرجوع الى المتصرف اليه . وفى هذه الحالة يجوز لهذا الأخير أن يعارض فى ذلك ، ما لم يكن المؤلف قد اتفق معه وقت التصرف على ذلك .

هذا وقد نصت المادة ٢/١٤٩ من القانون على الشروط اللازمة لقيام التصرف ، فقالت أنه « يشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » . وذلك حتى لا توضع فى الاتفاق شروط مجملة غامضة قد تكون مجحفة بالمؤلف .فالكتابة تعد شرطاً للانعقاد لا للاثبات .

ويترتب على انعقاد التصرف ، انتقال الحق المتصرف فيه الى المتصرف اليه،والزام المؤلف بأن يمتنع عن اى عمل من شأنه تعطيل استعماله وبناء على ذلك إذا كان المؤلف قد باع لناشر الحق فى الطبعة الأولى من مصنفه ، فلا يجوز له الاتفاق مع ناشر آخر على أن يبيع له الطبعة الثانية ، وذلك قبل نفاد الطبعة الأولى.

فتقضى المادة ١٤٩/١ و ٢ بأنه « ويكون المؤلف مالكاً لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية ، ولا يعد ترخيصه باستغلال أحد هذه الحقوق ترخيصاً منه باستغلال أى حق مالى آخر يتمتع به على المصنف نفسه .

ومع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية المنصوص عليها فى هذا القانون ، يمتنع عليه القيام بأى عمل من شأنه تعطيل استغلال الحق محل التصرف » .

ويراعى أن المادة ١٥٩ تقضى بأن « تنطبق الأحكام الخاصة بتنازل المؤلف عن حقوقه المالية وفقاً لهذا القانون على أصحاب الحقوق المجاورة .

ومع عدم الإخلال بما نص عليه فى هذا القانون من حقوق استئثارية لفنانى الأداء وهيئات الإذاعة لا يكون لهؤلاء إلا حق الحصول على مقابل مالى عادل لمرة واحدة نظير الاستخدام المباشر أو غير المباشر للبرامج المنشورة فى الأغراض التجارية للإذاعة أو التوصيل إلى الجمهور ما لم يتفق على غير ذلك » .

وبرغم التصرف فى حق الاستغلال المالى ، فإن الحق الأدبى لازال للمؤلف وهو لايصلح أن يكون محلاً للتصرف . ولذلك للمؤلف - باستمرار - الحق فى أن يُنسب اليه مصنفه وأن يمنع احداث أى تعديل أو تغيير فيه أو حذف أو اضافة . «وإذا كان المصنف لم يتم تأليفه عند الاتفاق على التصرف فى الحق فى استغلاله ، كان للمؤلف وحده عند تمام تأليفه أن يقدر صلاحيته للنشر . فيجوز للمؤلف مثلاً أن يمتنع عن التصريح بنشر الرواية التى أتمها إذا لم يكن راضيًا عن نتيجة عمله ، ولو أبدى الناشر رضاه . غير أنه يلتزم فى هذه الحالة بتعويض الناشر عما يصيبه من ضرر نتيجة لعدم تنفيذه لالتزامه » .

واخيراً ، فإنه إذا كان الحق الأدبى يبقى للمؤلف ، رغم تصرفه فى حق الاستغلال المالى ، إلا أن هذا التصرف يؤدى الى الحد من بعض السلطات التى يخولها الحق الأدبى ، وذلك فيما يتعلق بسلطة المؤلف فى سحب مصنفه من التداول أو إحداث تعديل فيه ، فاستعمال المؤلف لهذه السلطة - بعد تصرفه فى الحق المالى - يجب أن يكون مبرراً بأسباب خطيرة . ويجعل القانون للقاضى الحق فى تقدير هذه الأسباب ، فلا يجوز للمؤلف سحب المصنف من التداول أو إحداث تعديلات جوهرية فيه إلا إذا حصل على حكم بذلك من المحكمة الابتدائية المختصة . فإذا رأت المحكمة ذلك وجب على المؤلف أن يقوم بتعويض المتصرف اليه

تعويضاً عادلاً تقدره المحكمة ، كما يجب أن يدفع هذا التعويض مقدماً وفي خلال أجل تحدده المحكمة ، فإذا لم يتم ذلك زال كل أثر للحكم ، بحيث يمتنع على المؤلف حينئذ أن يسحب مصنفه أو يعدل فيه (مادة ١٤٤ من القانون) .

ونشير إلى أن المادة ١٨٢ من القانون تقضي بأنه : « في حالة اتفاق طرفي النزاع على التحكيم تسري أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ما لم يتفقا على غير ذلك» .

وأخيراً فلقد أنشأ المشرع في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٤ نظاماً لقيد التصرفات الواردة على المصنفات وما في حكمها ، عندما قضى في المادة (١٨٥) بأن :

« تنشئ الوزارة المختصة سجلاً لقيد التصرفات الواردة على المصنفات والأداءات والتسجيلات الصوتية والبرامج الإذاعية الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وتحدد اللائحة التنفيذية نظام القيد في هذا السجل مقابل رسم بما لا يجاوز ألف جنيه للقيد الواحد .

ولا يكون التصرف نافذاً في حق الغير إلا بعد إتمام القيد» .

المبحث الثالث

وسائل الحماية القانونية لحق المؤلف

قرر المشرع حماية فعالة لحق المؤلف ، فوضع عدة أحكام تحقق هذه الحماية .

أولاً : الاجراءات التحفظية

فصل المشرع الاجراءات التحفظية التي تتخذ لحماية حق المؤلف . فقد قضت المادة ١٧٩ من القانون بأن :

« لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع ، بناء على طلب ذي الشأن ، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بإجراء أو أكثر من الاجراءات التالية أو غيرها من الاجراءات التحفظية المناسبة ، وذلك عند الاعتداء على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا الكتاب :

١- إجراء وصف تفصيلي للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي .

٢- وقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى أو عرضه أو نسخه أو صناعته .

٣- توقيع الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى الأصلى أو على نسخه وكذلك على المواد التى تستعمل فى إعادة نشر هذا المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى .

٤- إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية .

٥- حصر الإيراد الناتج عن استغلال المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى وتوقيع الحجز على هذا الإيراد فى جميع الأحوال .

ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة .

ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر له » .

وقضت المادة ١٨٠ بأنه : « لذوى الشأن الحق فى التظلم إلى رئيس المحكمة الأمر خلال ثلاثين يومًا من تاريخ صدور الأمر أو إعلانه على حسب الأحوال ، ويكون لرئيس المحكمة تأييد الأمر أو إلغاؤه كليًا أو جزئيًا أو تعيين حارس مهمته إعادة نشر المصنف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى أو استغلاله أو عرضه أو صناعته أو استخراج نسخ منه ، ويودع الإيراد الناتج خزانة المحكمة إلى أن يفصل فى أصل النزاع » .

ثانيًا : جزاء الاعتداء على حق المؤلف

(أ) الجزاء المدنى :

للمؤلف - إذا اعتدى على حقه أن يطلب - طبقاً للقواعد العامة - وقف هذا الاعتداء وإزالة آثاره مع تعويضه عما يكون قد أصابه من ضرر نتيجة هذا الاعتداء .

(ب) الجزاء الجنائى :

ولجعل الجزاء المدنى - أو الحماية المدنية - أكثر فاعلية ، عنى المشرع بتقرير

بعض الجزاءات الجنائية توقع على من يعتدى على حق المؤلف .

فنضت المادة (١٨١) من القانون بأنه :

« مع عدم الاخلال باية عقوبة اشد فى قانون آخر ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

اولاً - بيع أو تأجير مصنف او تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى محمى طبقاً لأحكام هذا القانون ، أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور .

ثانيًا - تقليد مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى أو بيعه أو عرضه للبيع او للإيجار مع العلم بتقليده .

ثالثًا - التقليد فى الداخل لمصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى منشور فى الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده .

رابعاً - نشر مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى أو اداء محمى طبقاً لأحكام هذا القانون عبر اجهزة الحاسب الآلى أو شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور .

خامسًا - التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأى جهاز أو وسيلة أو أداة مصممة أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره .

سادسًا - الازالة أو التعطيل او التعييب بسوء نية لأية حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره .

سابعًا - الاعتداء على أى حق ادبى أو مالى من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها فى هذا القانون .

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الإذاعية أو الأداءات محل الجريمة .

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر والغرامة

التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه .

وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة فى ارتكابها .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المحكوم عليه فى ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر ، ويكون الغلق وجوبياً فى حالة العود فى الجرائم المنصوص عليها فى البندين (ثانياً ، وثالثاً) من هذه المادة .

وتقضى المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة فى جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه ».

وتقضى المادة (١٨٧) بأن : « تلتزم جميع المحال التى تطرح للتداول بالبيع أو بالإيجار أو بالإعارة أو بالترخيص بالاستخدام مصنفات أو أداءات مسجلة أو تسجيلات صوتية أو برامج إذاعية بالآتى :

١- الحصول على ترخيص بذلك من الوزير المختص مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يجاوز ألف جنيه .

٢- إمساك دفاتر منتظمة تثبت فيها بيانات كل مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى وسنة تداوله .

ومع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد فى أى قانون آخر يعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه .

وفى حالة العود تكون العقوبة الغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه » .

ويراعى أن المادة (١٨٣) تقضى بأن :

« تصدر الوزارة المختصة الترخيص بالاستغلال التجارى أو المهنى للمصنف أو التسجيل الصوتى أو الأداء أو البرنامج الإذاعى الذى يسقط فى الملك العام مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يجاوز ألف جنيه » .

وجوب ايداع المصنف وما فى حكمه لدى الجهة المختصة :

تقضى المادة (١٨٤) بأن : «يلتزم ناشرو وطابعو ومنتجو المصنفات والتسجيلات الصوتية والأداءات المسجلة والبرامج الإذاعية بالتضامن فيما بينهم

بإيداع نسخة منها أو أكثر بما لا يجاوز عشرة ، ويصدر الوزير المختص قراراً بتحديد عدد النسخ أو نظائرها البديلة مراعياً طبيعة كل مصنف ، وكذلك الجهة التى يتم فيها الايداع .

ولا يترتب على عدم الايداع المساس بحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة المنصوص عليها فى هذا القانون .

ويعاقب الناشر والطابع والمنتج عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة بغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثة آلاف جنيه عن كل مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى وذلك دون الإخلال بالالتزام بالايداع .

وتعفى من الايداع المصنفات المنشورة فى الصحف والمجلات والدوريات إلا إذا نشر المصنف منفرداً» .

و« يجوز لأى شخص الحصول من الوزارة المختصة على شهادة إيداع لمصنف أو أداء مسجل أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى مودع ،وذلك مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يجاوز ألف جنيه عن كل شهادة » (المادة ١٨٦ من القانون) .

المبحث الرابع

الطبيعة القانونية لحق المؤلف

لقد أثار تحديد الطبيعة القانونية لحق المؤلف كثيراً من الجدل بين الفقهاء ، وقد تمخض هذا الجدل عن نظريتين ، فنعرض لهما :

أولاً : نظرية الإدماج

طبقًا لهذه النظرية يوجد إرتباط وثيق بين المصنف وبين الشخصية ، فالأعمال الذهنية للمؤلف تنبثق من الشخصية ذاتها . ولهذا فإن حقوق المؤلف تندمج فى حق واحد يغلب عليه الجانب الأدبى . ولا يؤثر فى هذا الإدماج حصول المؤلف على ربح مالى من جراء نشر مصنفه ، فحصوله على مثل هذا الربح ليس من شأنه أن يقطع الصلة الوثيقة بين الشخص وعمله الذهنى . فهذا الربح يعد ناتجاً عن ذلك العمل اللصيق بالشخصية . فالشخص يحق له أن يحصل على ربح

مالى من عمله كما يحق له الحصول على ربح مالى من مجهوده ونشاطه البدنى بإبرامه عقد عمل مثلاً . وطالما ان النشر لا يؤدى الى إنفصال المصنف عن شخصية مؤلفه فإنه يترتب على ذلك عدم جواز أن تشتمل الذمة المالية على حق المؤلف . فحقوق المؤلف منبثقة عن النشاط الذهنى للشخص الذى يعتبر إمتداداً للشخصية الخلاقة وشأنها فى ذلك شأن القدرة على العمل والجهود البدنية من حيث عدم إمكان ادخالها فى الذمة المالية .

يترتب على منطق هذه النظرية عدة نتائج ، منها أن المؤلف لا يستطيع أن يتنازل عن حقوقه المتعلقة بالمصنف . سواء بعوض أم بدون عوض ، وكل ما يملكه المؤلف هو إبرام عقد لنشر مصنفه ولا يعد هذا تنازلاً وإنما امتيازاً ممنوحًا للناشر. كما أن حقوق المؤلف لا تقبل الحجز حتى لو كان المؤلف قد قرر نشر مصنفه . فالدائن لا يستطيع توقيع الحجز على حق النشر وبيعه بالمزاد ، لأنه لا توجد له قيمة مالية مستقلة . ولكن يجوز له فحسب توقيع الحجز على مستحقات المؤلف لدى الناشر التى إستحقت بمقتضى عقد النشر .

وخلاصة هذه النظرية أنها تدمج كافة السلطات التى يتمتع بها المؤلف على مصنفه فى حق واحد تهيمن عليه الناحية الأدبية ، وهى بذلك تقيم صلة وثيقة بين النشاط الذهنى والشخصية ، وبالتالى يتمتع حق المؤلف بذات الحماية التى تتمتع بها حقوق الشخصية .

نقد النظرية :

استهدفت نظرية الإدماج أو نظرية وحدة حق المؤلف الى العديد من أوجه الانتقادات نذكر منها :

(١) ترى هذه النظرية أن المصنف لا يمكن أن يكون موضوع إحتكار لأنه يظل مرتبطاً وخاضعًا لشخصية المؤلف نفسه . ولكن – فى الحقيقة – « فى اللحظة التى يتم فيها نشر المصنف تبدأ مرحلة جديدة تمامًا فى حياة المصنف . فإذا كان النشاط الذهنى يخلق المصنف من الناحية الذهنية والفكرية ، فإن نشره يؤدى إلى ادخال هذا المصنف فى عداد القيم ذات الصفة الاقتصادية والمالية . فمن هذه اللحظة يمكن أن يكون المصنف موضوعاً لعقد من شأنه أن يولد حقوق مالية وبالتالى يكون من الخطأ إعتباره غير قادر على أن يكون هو نفسه موضوعًا لاحتكار الاستغلال » .

(٢) تقوم هذه النظرية على الخلط بين النشاط وبين نتاج هذا النشاط وثماره، فتخلط بين العمل وبين ما يؤدى العمل الى إنتاجه . كما أن الخلط بين الحق المالى والحق المعنوى يناقض ما أسفر عنه العمل والتجربة . فمن غير المسلم إعتبار الاحتكار مظهراً من مظاهر الحق الأدبى للمؤلف بحجة أنه - أى المؤلف - الشخص الوحيد الذى يملك تقرير نشر مصنفه ، فقد يخضع النشر لأى شرط ذى طابع مالى . فحماية المصالح المعنوية وإرضاء المصالح المادية يمثلان هدفين مختلفين مما يستتبع منطقاً فصلهما عن بعض .

(٣) أن لكل من المصالح المادية والمصالح المعنوية نطاق تطبيق مختلف عن الآخر ، فإن كان الضرر الأدبى (فى حالة الإعتداء على الحق المعنوى) والضرر المادى (فى حالة الاعتداء على حق الاستغلال المالى) يوجدان معاً ، إلا أنه من المتصور الا يترتب على الحذف أو التعديل فى المصنف أى ضرر مادى ، بل قد يعمل ذلك على زيادة تسويق المصنف ، كما أن تقليد المصنف لا يترتب عليه أى مساس بالجانب المعنوى ولكنه يمس فقط الجانب المالى لحق المؤلف .

(٤) أن المصالح المادية يختلف وقت نشوئها عن وقت نشوء المصالح المعنوية ، فهما لا يولدان فى ذات اللحظة ، فالحق المادى لا يوجد إلا من لحظة تقرير النشر ، أما الحق المعنوى فيوجد قبل ذلك بكثير ، كما انهما لا ينقضيان بنفس المدة ، فأحدهما يتقادم والآخر لا يخضع له .

(٥) ان نظرية الوحدة إنما ترعى مصلحة المؤلف وحده ، وتضحى بمصلحة الجماعة ، حيث يتعذر اخضاع هذا الحق - وقد امتزج بشخصية صاحبه - لاستيلاء الدولة مثلاً . وبعبارة أخرى لا يمكن فرض قيود على سلطة المؤلف مستوحاة من المصلحة العامة .

ثانيًا : نظرية الازدواج

ازاء الانتقادات السابقة كان لا بد من التسليم بأن للمؤلف حقين ، حقًا ادبياً وحقًا ماليًا . فقد رأينا أن سلطات المؤلف منها ما هو أدبى محض ، ويقصد بها تمكينه من حماية شخصيته التى تجلت فى نتاج ذهنه ، فيمكن إدماجها فى حق واحد يدخل فى طوائف حقوق الشخصية ، حيث يراد بها جميعاً حماية الكيان الأدبى للمؤلف . ولكن بجانب هذه السلطات الأدبية ، للمؤلف سلطة الاستغلال المالى ، ويراد بها تمكينه من إستثمار ناتج ذهنه ماليًا . ولذلك كان لا بد أن يكون له

بجوار الحق الأدبى حق أخر هو حق مالى على مصنفه يكون عنصراً إيجابياً من عناصر ثروته .

كما يجب أن نراعى إختلاف الحقين أيضاً لا من حيث الهدف فقط ، وإنما من حيث إنتقالهما الى الورثة . فالحق المالى - وكما رأينا - ينتقل مؤقتاً الى الورثة ، بينما يكون إنتقال الحق الأدبى مؤبداً . كما أن الورثة يتلقون عن مورثهم المؤلف كافة سلطاته المالية ، بينما لا يتلقون من سلطاته الأدبية إلا ما يكون من شأنه المحافظة على سمعته الأدبية .

فالرأى المستقر عليه أن الحق الأدبى يعد من حقوق الشخصية ، اما طبيعة الحق المالى فقد ثار فى شأنه الجدل .

فقد رأى البعض فى الحق المالى انه حق ملكية . فالمؤلف باعتباره منتجًا للأفكار فهى مملوكة له . ولقد كان هذا الاتجاه يهدف فى أول الأمر الى توفير اكبر قدر من الحماية لحق المؤلف ، باعتبار أن حق الملكية فى المراحل الأولى للثورة الفرنسية كان يعتبر من الحقوق المطلقة التى تخوّل لصاحبها سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف المطلق . ولكن هذا التكييف قد استهدف للنقد .

« فالحق المالى للمؤلف حق مؤقت ينقضى بعد مضى مدة معيّنة من وفاته ، فى حين أن حق الملكية ينتقل الى الورثة مؤبداً . كما أن حق الملكية يخوّل المالك سلطة استعمال الشىء واستغلاله والتصرف فيه ، والاستعمال لا يتصور بالنسبة لحق المؤلف على مصنفه ، إذ أن الاستفادة من المصنف مالياً لا تكون إلا بعرضه على الجمهور ، فلا يتصور أن يستفيد المؤلف من مصنفه مالياً بقصر إستعماله على نفسه ، فى حين أن لمالك المنزل مثلاً أن يستأثر باستعماله لسكناه ، ولذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى وصف الحق المالى بأنه « حق احتكار الاستغلال » وليس حق ملكية ، وتبعها فى ذلك الكثير من الشراح فى فرنسا ومصر » .

ولذلك يذهب رأى أخر الى أن « تعبير احتكار الاستغلال ، ليس فيه ما يميّز حق المؤلف عن غيره من الحقوق المالية . فالحقوق جميعاً تتضمن معنى الاحتكار، إذ هى تقوم جميعاً على إستئثار صاحبها بقيمة معيّنة . اما الاعتراضات التى اثيرت حول وصف حق المؤلف بأنه حق ملكية فمن السهل الرد عليها . فالتأبيد ليس من جوهر حق الملكية ، بل هو بقية من بقايا صفة الاطلاق التى كانت تتسم

بها الملكية فى الماضى تحت تأثير المذاهب الفردية . وقد أصبح الاتجاه الغالب الآن ، هو الاتجاه الاجتماعى ، وهو يرى الى التقييد من حقوق الفرد فى سبيل مصلحة الجماعة . وبذلك ينتفى التناقض بين وصف حق المؤلف بأنه حق ملكية وبين توقيته ، فليس من المنطق ما يحتم تأبيد حق الملكية . أما ان سلطة الاستعمال من سلطات المالك وأنها لا تتصور بالنسبة للمصنف ، فيرد على ذلك بأن الجوهرى فى حق الملكية أنه يتضمن كافة السلطات التى يجوز قانوناً مباشرتها على الشىء . وإذا كانت العادة قد جرت على ارجاع كافة سلطات المالك الى ثلاث هى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، فليس هذا التعداد حتميًا ، فلا يراد به سوى التعبير عن الخاصة الأساسية لحق الملكية وهى شمول مضمونه لكافة السلطات الممكنة على الشىء . ولا شك أن للمؤلف كافة السلطات المالية التى يمكن أن ترد على المصنف ، وهذا يكفى لاعتباره حق ملكية . الحق المالى إذن حق ملكية ، ومحله المصنف ذاته . ومحل حق الملكية هذا هو شىء معنوى ، والأشياء المعنوية تصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية» .

ويذهب رأى آخر الى أن الحق المالى إنما يرد على شىء غير مادى ، الأمر الذى يسمح بالتقريب بينه وبين الحق العينى الأصلى . فالحق المالى للمؤلف يعد حقاً عينيًا أصليًا مستقلاً له مقومات الحق العينى الأصلى التى تتفق مع طبيعته الخاصة والتى لا يمكن أن تختلط بحق الملكية . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بأن الحقوق العينية الأصلية قد وردت فى القانون على سبيل الحصر وليس من بينها الحق المالى للمؤلف . ذلك أن الحصر المقصود هنا هو حصر موضوعى وليس حصراً شكليًا ، بمعنى انه لا يجوز الاقتصار على الحقوق العينية التى وردت فى التقنين المدنى ، بل يمتد ليشمل الأحوال التى ينظم فيها القانون حقاً عينياً دون أن يسميه ، فمتى نظم القانون حقاً معيناً مثل الحق المالى للمؤلف دون أن يسمى ذلك الحق ، فإنه من المباح أن يطلق على ذلك الحق صفة الحق العينى طالما أن الشروط الموضوعية للحق العينى قد توافرت فى ذلك الحق .

ويؤيد جانب من الفقه هذا الرأى القائل بأن الحق المالى للمؤلف هو حق عينى أصلى على أساس أن هذا الرأى يأخذ فى الاعتبار أوجه الخلاف التى توجد بين حق الملكية وبين الحق المالى للمؤلف كما أنه لا يغفل التشابه بين الحق العينى الأصلى والحق المالى للمؤلف .

الباب الثالث

مصادر الحق

التعريف بمصدر الحق :

يقصد بمصدر الحق ، الواقعة المنشئة له . ويقصد بالواقعة « الأمر الذى يحدث فيرتب عليه القانون أثراً » والأثر القانونى لا يمكن إلا أن يكون مصدره القانون الذى ينفرد وحده بترتيب الآثار القانونية . إلا أن القانون لا يمكن أن يتدخل مباشرة لترتيب التزام من الالتزامات وحق من الحقوق ما لم توجد واقعة معيّنة ، أو يقع حادث معيّن يرتب عليه القانون ذلك الالتزام أو هذا الحق . ومن حيث ان القانون هو الذى يرتب الالتزام أو الحق ولكنه لا يتدخل مباشرة لترتيبه وانما يقيم من وجود واقعة معيّنة سبباً لذلك ، فإن القانون يكون هو المصدر المرتب أو غير المباشر للحقوق والالتزامات ، بينما تكون الوقائع التى يعيّنها القانون هو المصدر المسبب أو المباشر للحقوق والالتزامات .

فكل واقعة لا بد وأن يرتب عليها القانون اثراً معينًا ولذلك تعد الواقعة قانونية. وهذا الأثر الذى يرتبه القانون على حدوث الواقعة قد يكون تقرير حق جديد (أو التزام) أو انقضاء حق قائم (أو التزام) أو انتقال هذا الحق (أو الالتزام) ولذلك تكون الواقعة القانونية إما واقعة منشئة للحق أو الالتزام أو تعد طريقة فى حالات أخرى لانتقال الحق أو الالتزام أو انقضائه .

أنواع الوقائع القانونية

Les faits juridiques

قد تحدث الواقعة القانونية تلقائيًا بفعل الطبيعة وقد تتدخل إرادة الانسان فى إحداث هذه الواقعة . ومعنى ذلك أن الوقائع القانونية على نوعين ، الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية .

١ - الوقائع الطبيعية Faits de la nature :

تحدث هذه الوقائع كما قلنا بفعل الطبيعة دون تدخل من إرادة الانسان « فهبوب العواصف وانفجار البراكين ودوران الأرض ، ووفاة شخص وفاة طبيعية ،

كل هذه وقائع لا دخل للانسان فى إحداثها بل هى من عمل الطبيعة . وقد تؤثر فى العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه . ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام فى عقد العمل ، دورانها حول الشمس يحصى عدد السنين للتملك بالتقادم . والوفاة يترتب عليها إنتقال الأموال والالتزامات بالميراث ؛ . ويعد أيضاً من الوقائع الطبيعية ، واقعة الميلاد والقرابة ، فيترتب على واقعة الميلاد آثار قانونية معيّنة كثبوت النسب الخاص بالطفل لأبيه ، وأحقيته فى تركة هذا الأب ... وهكذا .

٢- الوقائع الاختيارية

Faits volontaires ou de faits de l'homme

وهى الوقائع التى تحدث بفعل الانسان ، أى تتدخل إرادته فى حدوثها . وتنقسم الوقائع الاختيارية الى قسمين ، الأعمال المادية والأعمال القانونية .

أولاً : الأعمال المادية *actes matérieles* :

وهى الأعمال التى يأتيها الانسان دون قصد ترتيب آثارها القانونية عليها ، وقد يقصد – على العكس – من إتيان هذه الأعمال المادية ترتب آثارها القانونية عليها .

ومثال النوع الأول من الأعمال المادية التى يأتيها الانسان دون قصد ترتيب آثارها القانونية عليها ، إرتكاب الشخص لفعل ضار ، كمن يصدم الغير بسيارته ، فهذه الواقعة المادية أو هذا العمل المادى غير المقصود ، يرتب عليه القانون أثراً معيناً وهو التزام هذا الشخص بتعويض المصاب .

ومثال الأعمال المادية التى يقصد الانسان أن تترتب عليها آثارها القانونية ، قيام الشخص بوضع يده على شىء غير مملوك لأحد ، فهو يقصد بهذا العمل المادى أن يترتب عليه أثره القانونى وهو تملكه لهذا المال ، ولذلك يرتب القانون مثل هذا الأثر على هذا الفعل المادى المقصود لآثاره القانونية .

وسواء أكانت الآثار القانونية قد إتجهت اليها الارادة أم لم تتجه ، فإن الواقعة القانونية تعتبر عملاً ماديًا مادام لابد فيها من فعل مادى لترتب الأثر القانونى عليها .

ثانيًا : الأعمال القانونية actes juridiques :

الأعمال القانونية وتقسيماتها :

العمل القانونى هو إفصاح للإرادة بقصد إحداث أثر قانونى ، أى بقصد ادخال تعديل على التنظيم القانونى القائم . فقد يكون من نتيجته إنشاء مراكز قانونية جديدة ، أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية موجودة .

ويقسّم الفقه الأعمال القانونية بالنظر الى ما تحدثه الافصاح عن الإرادة من آثار فى التنظيم القانونى ، وهذا هو التقسيم الموضوعى ، كما يقسّم الفقه أيضاً هذه الأعمال بالنظر الى الشكل الذى يتخذ للافصاح عن الإرادة ، وهذا هو التقسيم الشكلى ومن المفيد قبل أن نعرض للأعمال كمحل للحقوق ، أن نعرض أولاً لتقسيمات الأعمال القانونية .

التقسيم الموضوعى للأعمال القانونية :

يقوم هذا التقسيم على أساس العلاقة بين الأعمال القانونية والمراكز القانونية، إذ أن من شأن تلك الأعمال أن تؤثر على المراكز القانونية – والتى سبق أن عرضنا له عند التكلم عن تعريف الحق لدى الأستاذ روبييه – بانشائها أو بتعديلها أو بانهائها .

ويمكن تقسيم الأعمال القانونية من هذه الناحية الى ثلاثة أنواع : أعمال مشرعة ، وأعمال ذاتية أو شخصية ، وأعمال شرطية .

أولاً : الأعمال المشرعة Actes règles :

وهى التى تقرر قاعدة قانونية وتنص عليها ، ومن شأنها التأثير على المراكز القانونية العامة الموضوعية بإنشائها أو بتعديلها أو بإنهائها ، مثال ذلك القوانين واللوائح (فى نطاق القانون العام) ومن الأمثلة التى تضرب لها فى نطاق القانون الخاص ، عقد العمل المشترك ، النظام الأساسى للشركات والنقابات والجمعيات . فعقد العمل المشترك مثلاً اتفاق بين مجموعة من أصحاب الأعمال ومجموعة من العمال الغرض منها تنظيم الشروط التى يجب أن تبرم على أساسها فى المستقبل عقود العمل الفردية الخاصة بالمهنة المقصودة . وتتميز الأعمال المشرعة بعموميتها لأن القواعد القانونية التى تنشئها من شأنها أن تحكم مجموعات من الحالات الموجودة أو تلك التى ستنشأ فى المستقبل ، كما أنها تتميّز بدوامها . حيث يبقى تطبيقها قائماً طالما أنها لم تلغ أو تعدل بعمل مشرع آخر .

ثانياً : الأعمال الذاتية أو الشخصية Actes Subjectifs :

هذه الأعمال تتصل بمركز ذاتي أو فردى يتعلق بشخص معيّن أو ببعض الأشخاص المعيّنين ، ومن شأنها إنشاء هذا المركز أو تعديله أو إنهاوه . ويختلف هذا المركز باختلاف مضمون كل عمل ، فكل عمل ينشىء حقوقاً أو ديوناً يعد عملاً ذاتياً ، ومثاله العقد ، سواء كان ذلك فى نطاق القانون الخاص أو العام حيث يقوم طرفيه بمناقشة نصوص العقد ويحددان مضمون المركز القانونى الذى ينشئه ومدى خضوعهما له وما يتعلق به من آثار . ولا يمكن تعديل هذا المركز فيما بعد إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين على ذلك .

وتتميّز الأعمال الذاتية بنفس الخصائص التى تتميّز بها المراكز الفردية الذاتية التى تتعلق بها ، فهى مثلها خاصة ذاتية شخصية ، كما أنها مؤقتة تنقضى بإنقضاء المراكز القانونية التى توجدها .

ثالثاً : الأعمال الشرطية Actes conditions :

يلاحظ أن المراكز العامة الموضوعية التى تنشئها الأعمال المشرعة تعتبر مراكز نظرية مجردة لا تطبق من تلقاء نفسها ويحكم وجودها على فئات الأشخاص الذين وضعت بشأنهم . وحتى يلحقوا بهذه المراكز وتطبق عليهم أحكام الأعمال المشرعة يشترط أن يصدر عمل من جانبهم ، وهذا هو العمل الشرطى ، أى أن صدور هذا العمل يعد شرطاً لاكتسابهم المركز العام الموضوعى . فالعمل الشرطى لا ينشىء مركزاً ذاتياً خاصاً ، وإنما يقتصر على أن يسند الى شخص معيّن او اشخاص معيّنين مركزاً عاماً موضوعياً . ومثاله فى القانون العام ، تعيين شخص فى وظيفة عامة ، أو فصله من هذه الوظيفة ، والتجنس ... ومثاله فى القانون الخاص الزواج والطلاق ، فالزواج ليس فى الواقع عملاً عقديًا كما كانت تذهب الى ذلك النظريات التقليدية ، انما هو عمل شرطى ، لأن كلا من الزوجين لا يملك الحرية الكاملة فى أن ينظم لنفسه مركزه القانونى ، بل يقتصر حين يوافق على الزواج على الافصاح عن إرادته فى قبول مركز تنظيمى هو مركز الزوجية طبقاً لما يحدده القانون والخضوع للأحكام القانونية المتعلقة بنظام الزواج .

الأعمال القانونية المختلطة أو المركبة :

الملاحظ أن الأعمال المشرعة والأعمال الشرطية تظهر دائماً فى شكل موحد خالص لا تمتزج به عناصر أعمال من نوع أخر ، وتقتصر فى نتائجها على إنشاء

الأثر القانونى الذى تتميّز به هذه الأعمال فى داخل كل من النوعين ، وذلك على خلاف الأعمال الذاتية أو الشخصية ، إذ أنها تظهر دائماً فى شكل أعمال مركبة . اى أنها الى جانب الأثر الأساسى الذى تنتجه وهو انشاء مركز فردى ذاتى ، تنتج أثراً آخر هو منح بعض السلطات والواجبات العامة ، أى أنها تنشىء الى حد ما مركزاً موضوعياً فهى من هذه الناحية بمثابة أعمال شرطية .

ويضرب الفقه مثالاً للعمل القانونى المركب الذى ينطوى على عمل ذاتى وعمل شرطى ، فى عقد العمل الفردى . فعقد العمل الفردى يقصد به أساسًا إيجاد مركز ذاتى لكل من صاحب العمل والعامل . وهو من هذه الناحية يعتبر عملاً ذاتيًا . ولكن القانون يفرض بالنسبة لهذا العقد أحكاماً لا يجوز للطرفين المتعاقدين النص على ما يخالفها ، مثل الأحكام الخاصة بتحديد ساعات العمل اليومية والحد الأدنى للأجور والأجازات الأسبوعية ... الخ فمن هذه الناحية يعد عقد العمل الفردى بمثابة عمل شرطى لأنه يسند الى كل من المتعاقدين مركزاً عاماً موضوعياً يشتمل على سلطات والتزامات نص عليها القانون .

« وهذا الطابع المركب للعمل الذاتى يرجع الى أن التنظيم التشريعى لكل عمل قانونى يجعله يتضمن الى جانب الأحكام المرخصة ، أحكاماً آمرة حاتمة لا يجوز للأفراد الحياد عنها فيما يبرمون بينهم من إتفاقات . وهذه الأحكام الأخيرة عامة وواحدة بالقياس الى الجميع فيما يتعلق بمضمونها . والقيام بعمل ذاتى يترتب عليه ضمناً تطبيق تلك القواعد . ولذلك يعتبر العمل الذاتى من هذه الناحية منطوياً على عناصر عمل شرطى » .

التقسيم الشكلى للأعمال القانونية :

بالنظر الى الشكل الذى يتخذ للافصاح عن الارادة بغرض ايجاد الأعمال القانونية ، يمكن التمييز بين الأعمال الصادرة من طرف واحد ، والأعمال المتعددة الأطراف .

أولاً : الأعمال الصادرة من طرف واحد *Actes unilatéraux* :

وهى التى تكون نتيجة للإفصاح عن إرادة منفردة صادرة من جانب واحد ، ومثالها فى القانون الخاص ، الوصية ، ومثالها فى القانون العام اللائحة .

ثانيًا : الأعمال المتعددة الأطراف *Actes plurilatéraux* :

تنشأ هذه الأعمال نتيجة للافصاح عن إرادتين أو أكثر ، أى إرادة صادرة من جانبين أو أكثر . وتنقسم هذه الأعمال بدورها الى نوعين : الأعمال الاتفاقية ، والأعمال القانونية .

١ – الأعمال الاتفاقية *Actes Conventionels* أو الاتفاقات *Conventions*

وهى التى يتم فيها توافق ارادتين أو أكثر تسعى كل منها لتحقيق مصلحة متميزة عن الأخرى ، بل قد يكون مصلحة كل منها متعارضة مع الأخرى ، والعقد أوضح مثال على الأعمال الاتفاقية ، كعقد البيع والايجار فى القانون المدنى ، وعقد الأشغال العامة فى القانون العام ، فنجد أن ارادة كل طرف من الطرفين فى العقد تتعارض مع إرادة الطرف الآخر ، وتسعى فى الوصول الى أن يقبل الطرف الآخر تحمل التزام معيّن يحقق مصلحة صاحبها بقدر الامكان ، مقابل الالتزام التى تتحمله هى .

« على أن العمل الاتفاقى لا يقتصر على العقد ، بل هو أعم منه . فالعمل الاتفاقى يشمل العقد وغيره من الأعمال التى تنطوى على توافق إرادتين أو اكثر ولكنها مع ذلك لا تعتبر عقوداً . إذ انه ليس محتماً ان كل عمل يتضمن توافق ارادتين أو أكثر يحلل على إعتباره عقداً . ففى القانون العام ، التعيين فى وظيفة عامة ينطوى على توافق ارادتين ولكنه مع ذلك ليس عقداً ، ولا ينشىء مركزاً ذاتيًا، انما هو عمل شرطى (واتفاق فى نفس الوقت) ينشىء مركزاً تنظيمياً ، كذلك الأمر بالقياس الى الزواج فى القانون الخاص .

وإذا كان العقد يشترط فيه توافق ارادتين أو أكثر ، فالعكسى ليس صحيحاً بمعنى أن كل عمل يتضمن توافق ارادتين أو اكثر ليس عقداً حتماً .

فالعمل الاتفاقى اعم من العقد ، وهو بمثابة جنس يقتضى توافق إرادتين أو أكثر ، والعقد نوع من أنواع هذا الجنس . وبعبارة أخرى ان العمل الاتفاقى يشمل العقد وهو عمل اتفاقى ذاتى ، كما يشمل غيره من الأعمال التى يتوافر فيها توافق ارادتين أو اكثر ولكنها مع ذلك لا تعتبر عقوداً ، مثل الأعمال الاتفاقية الشرطية» .

٢ – الأعمال الجماعية *Actes collectifs* :

تنطوى هذه الأعمال على قرار مشترك ينشأ عن الافصاح عن إرادات متعددة

ليست متعارضة ولا تسعى نحو التقريب بين وجهات نظر مختلفة أو مصالح متقابلة ، بل تتضافر لبلوغ نفس الغرض وتحقيق نفس الأثر . ومن قبيل الأعمال الجماعية القرارات التى تصدر عن المجالس والهيئات مثل القرارات التى يصدرها البرلمان عند التصويت على القوانين ، وقرارات الجمعية العمومية للمساهين فى شركة مساهمة لتعديل نظامها الأساسى .

أهمية التمييز بين الأعمال الاتفاقية والأعمال الجماعية :

يتضح مما تقدم الفارق الأساسى الذى يميّز الأعمال الاتفاقية عن الأعمال الجماعية . فالأولى تنشأ نتيجة لتوافق بين إرادات ، ولا تنتج أثراً إلا بالنسبة للأفراد الذى وافقوا عليها . وهذا الركن الأساسى من أركان الأعمال الاتفاقية يترتب على تطبيق مبدأ سلطان الارادة ، إذ أن الانسان حر فى أن يلتزم أو لا يلتزم. ذلك أن الغرض من هذه الأعمال تحقيق مصالح فردية متساوية متبادلة . أما الأعمال الجماعية فنتيجة لتوارد بين ارادات لا لتوافق بينها . فهذه الارادات سعت نحو تحقيق غرض واحد . ولا يمكن أن يقال ان هناك توافقاً بينها لأن كثيراً من أصحابها لا يعرف بعضهم بعضًا . وتتم الأعمال الجماعية نتيجة لممارسة اختصاص معيّن ، وبغرض تحقيق مصلحة تتجاوز مصلحة الأفراد الذين أصدروا القرارات فأوجدوا الأعمال ، كأن تكون مصلحة الدولة فيما يتعلق بقرارات أعضاء البرلمان أو أحكام المحاكم ، أو مصلحة الشركة فيما يتعلق بقرارات المساهمين الحاضرين فى الجمعية العمومية . ونظراً الى أن الأفراد الذين يشتركون فى إيجاد العمل الجماعى لا يدافعون عن مصلحتهم الفردية الخاصة بقدر ما يدافعون عن مصلحة أعم ، فإن الأقلية التى لا توافق على إصدار القرار يجب أن تخضع للأغلبية ، وتكون مرتبطة بالقرار الذى اتخذ على الرغم من ارادتها .

العمل القانونى والتصرف القانونى :

قلنا ان العمل القانونى هو إفصاح للإرادة بقصد إحداث أثر قانونى . والعمل القانونى بهذا المعنى هو ما يطلق عليه فقه القانون الخاص بالتصرف القانونى . والتصرف القانونى قد يكون تصرفاً إنفرادياً اى صادراً من جانب واحد كالوصية والإبراء ، وقد يكون عقداً اى تصرفاً صادراً من جانبين كالبيع والايجار . وقد يكون التصرف من التصرفات الانشائية أو الكاشفة (أو المقررة) ، وقد يكون من التصرفات النافعة نفعاً محضاً او ضاراً ضرراً محضاً ، او دائراً بين النفع والضرر . ونعرض لهذه التقسيمات بشىء من التفصيل .

أنواع التصرف القانونى :

أولاً : العقد والإرادة المنفردة :

قلنا أن الأعمال القانونية أو التصرفات القانونية ، تنقسم من حيث تكوينها الى نوعين ، أعمال صادرة من الجانبين وأعمال صادرة من جانب واحد . فالأولى لا تتم إلا بتطابق ارادتين ، وهذه هى العقود كالبيع والهبة والشركة والقرض والصلح والايجار والعارية والمقاولة والعمل والوكالة والوديعة والتأمين والكفالة .. .الخ . والثانية هى التصرفات التى تتم بإرادة منفردة ، ومثالها الوصية أو الوقف تتم بإرادة الموصى أو الواقف ، وأيضاً الإبراء وبه ينقضى الالتزام بإرادة الدائن وحده ، والتنازل عن الحق العينى يتم بإرادة صاحبه المنفردة ، وكما فى الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور ، حيث يلتزم الواعد بمجرد إعلانه إرادته على الجمهور بأن يقدم الجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب فى خلال المدة المحددة ولو كان هذا يجهل وجود الجائزة حيث قام بذلك العمل .

ويلاحظ أن العقد هو الصورة الغالبة والأكثر شيوعاً للتصرف القانونى ، أما الارادة المنفردة فلا تترتب عليها آثار قانونية إلا فى أحوال محدودة . » بل ان نظرية التصرف القانونى بدأت صياغتها فى أول الأمر قاصرة على العقد ، ثم بذلت بعد ذلك عدة محاولات فى الفقه وفى بعض التشريعات الحديثة ، كالقانون الألمانى ، لصياغة نظرية عامة للتصرف القانونى تشمل النوعين معاً ، العقد والإرادة المنفردة . أما التقنين المدنى ، فقد اكتفى بأن وضع القواعد العامة للعقد ، وترك القواعد العامة للتصرفات القانونية بإرادة منفردة تستخلص بطريق القياس .

ثانيًا : التصرف الانشائى والتصرف الكاشف أو المقرر :

تنقسم التصرفات من حيث أثرها فى الحقوق الى تصرفات إنشائية وتصرفات كاشفة أو مقررة .

فالتصرف المنشىء acte constitutif ابتداء هو الذى يخلق حقًا جديداً أصلاً ، كعقد الزواج ينشىء لكل من الزوجين قبل الآخر حقوقاً مبتدأة ، والحكم القضائى بتطليق الزوجة على زوجها ينشىء للزوجة - وأحياناً للزوج - حقوقاً مبتدأة كذلك . والتصرف المنشىء إنتقالاً هو الذى ينقل أو يحول حقًا قائماً أصلاً من صاحبه الأصلى الى صاحب جديد ، كعقد البيع أو الهبة ينشىء للمشترى أو للموهوب له حقًا فى ملكية المبيع أو الشىء الموهوب بنقله اليه من البائع أو

الواهب، وينشىء للبائع حقاً فى الثمن ينقله اليه من المشترى .

أما التصرف الكاشف أو المقرر acte déclaratif ، ومثال الصلح والقسمة ، فلا يكسب الشخص حقاً لم يكن له من قبل ، بل أن للحق مصدراً آخر يسبق هذا التصرف ، ويقتصر أثر التصرف على الكشف عنه . ولكن لا يفهم من ذلك أن التصرف الكاشف لا يغيّر من العلاقات القانونية القائمة ، إذ لو كان الأمر كذلك ، لما استحق وصف التصرف . فالتصرف – باعتباره عملاً قانونياً – يجب أن تتجه الإرادة فيه الى إحداث أثر قانونى معيّن . وهذا الأثر لا يكون إلا تعديلاً فى العلاقات القانونية القائمة ، غير أن هذا التعديل فى التصرف الكاشف ، لا يتضمن إكساب الشخص حقاً لم يكن له من قبل .

فالصلح – مثلاً – لا ينقل حقاً من أحد المتصالحين الى الآخر ، بل يتنازل كل منهما عن جزء من إدعائه معترفاً للآخر ببعض ما يدعيه . وعلى ذلك يكتسب الحق المعترف به لكل منهما تأكيداً كان ينقصه عندما كان محلاً للنزاع .

وقسمة الشىء الشائع كذلك لا تنشىء لكل متقاسم حقاً جديداً لم يكن ثابتاً له من قبل ، وانما تكشف عن حقه القائم أصلاً منذ الشيوع وبذات سنده . فلو أن هناك مال شائع ورثه عدة شركاء ، فالميراث يكون هو مصدر الملكية ، وبمقتضاه تنتقل الى كل منهم حصة شائعة من تركة مورثهم . فإذا تمت القسمة ، إقتصر أثرها على تحويل الحق الشائع ، الثابت لكل من الشركاء من وقت وفاة مورثهم ، الى ملك مفرز محدد بحصة معيّنة يختص بها كل منهم . فالقسمة لا تنقل للمتقاسم حقاً لم يكن له من قبل ، بل هى تحدد مشتملات الحق الثابت له منذ أن تملك فى الشيوع . فبعد أن كان له حق يرد على الشىء الشائع كله فى حدود نسبة معيّنة ، الثلث ، الربع مثلاً ، أصبح هذا الحق ذاته محدداً بجزء معيّن من الشىء ، يختص به المتقاسم وحده ، ويعادل الحصة الشائعة التى كانت له فى الشىء كله .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرف المنشىء والتصرف الكاشف أو المقرر فيما يلى :

١- أن التصرف الكاشف لا يصلح سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، ذلك أن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادراً من جانب صاحب الحق ، أى أنه من حيث طبيعته تصرف منشىء ولا يعيبه إلا صدوره من غير صاحب الحق .

٢- أن التصرف المنشىء – فى القانون – يجب تسجيله إذا كان منشئاً لحق

من الحقوق العينية الأصلية العقارية وذلك لكى ينتج التصرف أثره فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، أما التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية فهى تنتج أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ، ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير إلا إذا سجلت .

ثالثًا : التصرفات النافعة نفعًا محضًا ، والضارة ضررًا محضًا ، والدائرة بين النفع والضرر :

سبق أن أشرنا الى هذا التقسيم عند دراستنا لأحكام الأهلية ، فقد رأينا أن ناقص الأهلية له أن يقوم ببعض التصرفات دون بعض ، ولقد كان أساس التفرقة بين ما يجوز له ابرامه وما لا يجوز هو مدى النفع أو الضرر الذى يصيبه من جرائها .

فالتصرفات النافعة نفعًا محضًا ، هى تلك التى يترتب عليها اغتناء الشخص دون مقابل يعطيه ، فيدخل فى ذمته مالاً دون أن يخرج منه مقابل له . وذلك مثل قبول الهبة .

أما التصرفات الضارة ضررًا محضًا ، فهى التى يترتب عليها إفتقار الشخص دون أن يحصل على مقابل لذلك ، فيخرج من ذمته مال دون أن يدخل فيها مقابل له ، وذلك مثل الهبة بالنسبة للواهب والابراء بالنسبة للدائن .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهى التصرفات التى تحتمل فى أصلها ، المكسب والخسارة ، فهى لا يترتب عليها إغتناء الشخص إغتناء محضاً ، أو افتقاره إفتقاراً محضاً ، وإنما تقوم على نوع من الأخذ والعطاء ، فعند خروج مال من ذمة الشخص يدخل فى ذمته مقابل لهذا المال . ومثالها البيع والايجار والشركة والصلح . ويلاحظ أن العبرة فى تحديد طبيعة التصرف هو بأصل وضع العملية ذاتها ، فمادام هناك مقابل للمال الذى خرج ، فنحن بصدد تصرف يدور بين النفع والضرر وبصرف النظر عما إذا كان هذا المقابل بخسًا أو معقولاً أو مبالغاً فيه . ففى جميع هذه الأحوال تظل للتصرف صفته الدائرة بين النفع والضرر ، فالمهم هو إتجاه الارادة الى القيام بعملية مبادلة بين الحقوق المختلفة للأطراف .

وتنقسم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر الى أعمال تصرف وأعمال إدارة وأعمال حفظ :

أولاً : أعمال الحفظ :

أعمال الحفظ هى أعمال ضرورية للحفاظ على مصالح الشخص وأمواله أو على عنصراً من عناصر ذمته ، وهى فى ذات الوقت لا تمثل أى خطر على أمواله فهى لا تقتضى إلا نفقات قليلة بالقياس الى المنافع التى تعود من إجرائها . ومثالها القيام بقيد الرهن الرسمى ، فهو قليل التكاليف ولكنه ضرورى لوجود الرهن وبالتالى لضمان الحصول على حقوق الشخص ، ومثالها أيضاً جرد الأشياء التى يتعلق بها حق الشخص .

فأعمال الحفظ تعد إذن أعمال ضرورية وعاجلة وليست بذات خطر على المال ، ولذلك فإن القانون يرخص لناقص الأهلية فى القيام بهذه الأعمال . بل أن هذه الأعمال تعد واجباً على كل الأشخاص الذين يتولون الولاية على مال الصغير . فإذا كان القاصر يستطيع القيام بأعمال الحفظ ، فإنه من باب أولى يجب على الولى أو الوصى عليه القيام بهذه الأعمال للمحافظة على مال الصغير ، حيث تستهدف هذه الأعمال عدم خروج المال من ذمة القاصر .

وعمل الحفظ - كما رأينا - يعد عملاً نافعاً ولكنه ضرورى فى ذات الوقت . ولذلك لا يشترط فى الشخص القائم به أن تكون له ولاية إدارة المال . ولذلك لكل شريك فى المال الشائع مثلاً ، وليس له حق الإدارة بمفرده ، أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشىء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء . وهكذا .

ثانيا : أعمال التصرف :

أعمال التصرف تدخل فى نطاق الأعمال الخطرة ، حيث يكون من شأنها أن تغيّر أو تهدد بصفة نهائية المركز المالى للشخص ، ومثالها بيع العقار . ولذلك لا يستطيع القيام بها إلا الشخص الذى يملك القدرة على التعرف على مصلحته الحقيقية ، ولذلك رأينا أن هذا التصرف ممنوع على القاصر، كما يخضع الولى أو الوصى لرقابة وإذن القضاء فى إبرامه .

ويرى الفقه وجوب التفرقة بين أعمال التصرف Acte de disposition وبين نقل حق عينى مثل نقل الملكية Acte d'aliénation . فإذا كان يوجد الكثير من التوافق والتشابه بين التصرف وبين نقل الملكية إلا انه يجب مع ذلك عدم الخلط بينهما . فالبيع والهبة يعتبران من أعمال التصرف وفى ذات الوقت يعتبران من التصرفات التى تنقل الملكية . ومع ذلك ففكرة أعمال التصرف قد تضيق أحياناً فلا تنطوى على معنى نقل الحق العينى ، فهناك من الأعمال ما يترتب عليها نقل الملكية ،

ولكنها ، لا تعد مع ذلك ، من أعمال التصرف ، مثال ذلك بيع المحصولات والثمار وبيع البضائع فى المحل التجارى ، فمثل هذه البيوع تعتبر من أعمال الإدارة .

ومن جهة ثانية فإن أعمال التصرف قد تبدو أحيانًا أكثر إتساعاً من تلك الخاصة بنقل الحق العينى فقد تكون مصدر عمل من أعمال التصرف بالرغم من انه لا ينطوى على نقل اى حق عينى ، ومثال ذلك الايجار إذا زادت مدته على تسع سنوات ، والاقتراض ، فقد اعتبر المشرع هذه الأعمال من التصرف ، ولذلك قيّد بالنسبة لها سلطة الولىّ أو الوصى ، فمثل هذه الأعمال يكون من شأنها أن تلزم الشخص بالنسبة للمستقبل ، وتهدد الذمة المالية للشخص من حيث وجود أو تحديد قيمة رأس المال الذى يوجد بداخلها ، فأعمال التصرف من شأنها المساس برأس المال أما أعمال الإدارة فهى ماسبة بالدخل .

ثالثاً : أعمال الإدارة :

تقع أعمال الإدارة فى منطقة وسطى بين أعمال الحفظ وأعمال التصرف وذلك من حيث أثرها على الذمة المالية . ويعرفها البعض بطريق سلبى قائلاً أن عمل الإدارة هو ذلك العمل الذى لا يعد من أعمال الحفظ أو من أعمال التصرف ، فهى لا تتصف مثل أعمال الحفظ بالضرورة وضآلة التكاليف . كما أنها أقل خطورة من أعمال التصرف التى يترتب عليها تعديل المركز المالى للشخص تعديلاً نهائياً مثل التصرف فى العقار ببيعه أو رهنه .

ومثال أعمال الإدارة ، الإيجار الذى لا تزيد مدته عن تسع سنوات . « فعمل الإدارة يتميّز بأنه عمل من أعمال الاستغلال أو الاستثمار العادى للذمة المالية . فالاستغلال العادى للأرض الزراعية أو للمبانى يكون عن طريق تأجيرها . كما أن الاستغلال العادى للأرض الزراعية يكون عن طريق التصرف فيما تنتجه من محصولات زراعية ، فذلك كله يعد من قبيل أعمال الإدارة لأنه يمس الدخل ولا يمس رأس المال » .

والواقع أن لتقسيم الأعمال القانونية الى أعمال تصرف وأعمال إدارة ، أهمية كبيرة فى نواح متعددة فى القانون . من ذلك أن الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل ، لا تخوّل الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، أما الأعمال التى لا تعد من أعمال الإدارة فلا بد من وكالة خاصة فى كل عمل منها (مادة ١/٧٠١ و ١/٧٠٢ مدنى) . ومن ذلك أيضاً أن ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى المال الشائع - وتحسب الأغلبية على

اساس قيمة الأنصباء - يكون ملزمًا للجميع إذا تعلق بعمل من أعمال الإدارة المعتادة ، وعلى العكس ليس للأغلبية العادية أن تقرر تغييراً فى المال الشائع يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، وليس لها أن تقرر التصرف فيه ، وانما يكون ذلك للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، ويخضع قرارهم لرقابة القضاء بحيث يكون للأقلية المخالفة حق الرجوع الى المحكمة لالغاء هذا القرار أو لإحاطته بضمانات كافية (مادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدنى) .

ولذلك تبدو أهمية وضع معيار للتفرقة بين ما يعد من أعمال الإدارة وما يعد من أعمال التصرف .

يذهب رأى الى أنه يجب لاجراء هذه التفرقة ، أن يعتمد على الطبيعة القانونية للعمل نفسه . فيعد التصرف فى شىء معيّن مثل بيعه عملاً من أعمال التصرف ، بينما يعد الايجار عملاً من أعمال الإدارة ، ذلك أن الإيجار لا يترتب عليه التصرف فى الشىء المؤجر وخروجه من ذمة الشخص . وبعبارة أخرى فإن عمل التصرف هو الذى يتضمن تقرير حق عينى للغير على الشىء ، وان عمل الإدارة يقتصر على مجرد استغلال الشىء .

ويؤخذ على هذا المعيار عدم اتفاقه مع الحقائق القانونية والاقتصادية على السواء . فالإيجار مثلاً ، وهو يرد على مجرد الاستغلال ، يخرج عن نطاق أعمال الإدارة إذا طالت مدته . فتقضى المادة ٥٥٩ مدنى بأنه « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد ايجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة » . كما أن المادة ٢/٧٠١ مدنى قد عددت أعمال الإدارة التى يجوز للوكيل بوكالة عامة أن يقوم بها ، فذكرت « الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاثة سنوات » . ومن ناحية أخرى ، فإن حسن الإدارة قد يقتضى القيام بأعمال ناقلة للملكية ، كبيع المحصول ، وبيع البضاعة والمنقول الذى يسرع اليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشىء من أدوات لحفظه واستغلاله . وقد نص المشرع صراحة أن للوكيل العام ، وليس له صفة إلا فى أعمال الإدارة ، أن يقوم بمثل هذه الأعمال الناقلة للملكية (م ٢/٧٠١ مدنى) .

والواقع انه من الخطأ محاولة وضع معيار جامد لتحديد طبيعة العمل القانونى وما إذا كان يعد من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف . وفى هذا الصدد لا يكفى الرجوع الى محل التصرف لمعرفة ما إذا كان يتضمن تقرير لحق عينى أم لا ، بل يجب الرجوع الى الغرض المقصود منه والى ما جرى عليه الملاك عادة فى استغلال أموالهم .

ولذلك يستقر الفقه الى الأخذ بمعيار مرن ذو طبيعة اقتصادية اكثر منها قانونية .

فطبقاً للفقه السائد لا يجوز أن يعد العمل القانونى من أعمال الإدارة إلا إذا توافر شرطان :

الأول : أن يتفق هذا العمل والاستعمال الذى أعد له المال من قبل . فيخرج عن حدود الإدارة المعتادة اى تغيير أساسى فى الشىء أو تعديل فى الغرض الذى أعد له، ولو كان ذلك فى سبيل تحسين الانتفاع به ، مثال ذلك أن يعاد بناء منزل ، أو تحويل المقهى الى مطعم وهكذا ...

الثانى : الا يترتب على هذا العمل القانونى نقل ملكية عناصر أساسية فى الذمة المالية . فالأصل فى عمل الإدارة الا يمس سوى العناصر الثانوية أو العناصر المخصصة للتداول بلا مساس بالعناصر الرئيسية كالعقارات والمحلات التجارية .

والملاحظ أن المشرع المصرى - فى قانون الولاية على المال - قد أخذ أساساً بمعيار اقتصادى للتفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف ، ثم أورد بعد ذلك قيود تشريعية على تلك التفرقة (وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا الأسلوب فى عام ١٩٦٤) . ولهذا تنص المادة الرابعة من قانون الولاية على المال بأن يتولى الولى رعاية أموال القاصر وله ادارتها والتصرف فيها . ثم تورد بعد ذلك قيود على سلطة التصرف ، منها مثلاً أن المادة ١٥ تحرم على الجد التصرف فى أموال القاصر . كما أن تحديد سلطة الوصى يوضح أن له الإدارة ، فإن كان لا يجوز له التصرف فى المنقولات والأوراق المالية إلا انه يجوز أن يمارس بالنسبة لها أعمال الإدارة فحسب .

آثار التصرفات القانونية :

التصرف القانونى - باعتباره عملاً قانونيًا - يعد مصدراً من مصادر الحقوق . فهو ينشىء الحقوق الشخصية ويكسب الحقوق العينية . فالبيع مثلاً - وهو تصرف قانونى يتم بإرادتين . ينشىء التزامًا على البائع بنقل الملكية ، والتزامًا على المشترى بدفع الثمن ، وبتنفيذ التزام البائع تنتقل الملكية الى المشترى . والوعد بجائزة - وهو تصرف قانونى يتم بإرادة منفردة هى إرادة الوعد - ينشىء التزامًا فى ذمة الواعد ، كما أن إرادة الموصى - وحدها - تنقل المال الموصى به الى ذمة الموصى له بمجرد وفاة الموصى .

والتصرف القانونى بجانب انه يكسب الحقوق - على النحو المتقدم - قد يكون سبباً لانقضائها . فمثلاً الحق الشخصى ينقضى بابراء الدائن مدينه ،

والابراء تصرف يتم بإرادة الدائن وحده . كما قد يتفق الدائن والمدين على تجديد الالتزام ، فيستبدل بالالتزام القديم التزام جديد ، فيترتب على التجديد ، وهو عقد، إنقضاء الالتزام القديم . كذلك قد ينقضى الحق العينى بالتصرف القانونى . فللمنتفع مثلاً ولصاحب حق الارتفاق أن يتنازل عن حقه بإرادته المنفردة وهكذا ...

غير أن التصرف القانونى قد يرتب اثاراً أخرى غير إنشاء الحقوق وإنقضائها . فقد يترتب على التصرف القانونى إنشاء شخص اعتبارى . وقد رأينا مثالاً لذلك عند دراستنا للمؤسسات الخاصة باعتبارها أشخاصاً معنوية خاصة ، وقلنا ان إنشاء المؤسسة قد يكون بسند رسمى أو بوصية . فإرادة المنشىء هى التى توجد المؤسسة إذا تم ذلك حال حياته بسند منشىء رسمى ، وإما أن ينشأ الشخص المعنوى بعد وفاة المنشىء إذا تم ذلك بوصية .

وقد يكون من آثار التصرف القانونى نقل الحق وذلك عن طريق الحوالة مثلاً ، فهى ناقلة للحقوق الشخصية ، وقد ينتقل الحق الشخصى ايضاً بالتجديد . فقد اشرنا منذ قليل الى أن التجديد يؤدى الى انقضاء الحق القديم .، ولكنه يترتب على التجديد كذلك نشأة حق أو دين جديد .

وقد يترتب على التصرف القانونى مجرد تأكيد حق ثابت من قبل ، بجعله باتاً غير قابض للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته .

وقد يترتب على التصرف القانونى تصحيح عقد قابل للإبطال ، فإذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط دفعه الى التعاقد ، كان له الحق فى طلب إبطاله ، ويكون له أن يجيزه ، فيترتب على الإجازة – وهى تصرف قانونى بإرادة منفردة – تصحيح العقد .

وقد يترتب على التصرف القانونى تغيير الوصف الذى يتصرف بمقتضاه الغير ، كإقرار رب العمل تصرف الفضولى بما يحول الفضولى فى هذا الشأن الى وكيل .

مبدأ سلطان الإرادة :

يستخلص مما قدّمناه ان التصرف القانونى قوامه الإرادة ، وهى مزدوجة فى التصرف القانونى المتعدد الأطراف ، وهى واحدة فى التصرف القانونى من طرف واحد .

فالإرادة هى جوهروأساس التصرف القانونى ، وبدونها لا يقوم للتصرف قائمة ، فهى التى تنشئه وهى التى تحدد آثاره ، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة.

ويعنى هذا المبدأ أن الإرادة والارادة وحدها هى صاحبة السلطان الأكبر فى إنشاء التصرفات القانونية وفى تحديد آثارها ، فللإرادة الحق فى إنشاء ما تشاء من العقود - مثلاً - غير متقيّدة فى ذلك بأنواع العقود التى نظمها المشرع فى القانون المدنى (والتى يطلق عليها العقود المسماة) . كما يكون للإرادة الحرية فى تحديد آثار التصرف غير متقيّدة بالآثار التى يرتبها المشرع على نوع معيّن من التصرفات، وانما يكون لها بما لها من سلطان ، الحرية فى تضييق هذه الآثار أو توسيعها او حذفها . كما يكون للإرادة أخيراً الحرية فى تعديل هذه الآثار بعد قيامها وكذلك فى إنهاء التصرفات بعد وجودها .

ويمكن استخلاص عدة نتائج تترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة .

أولاً : يترتب على مبدأ سلطان الارادة أن تكون الإرادة كافية وحدها لإنعقاد التصرف . أى يكفى حدوث التراضى أو إتفاق الارادتين حتى ينعقد العقد مثلاً ، ولا أهمية بعد ذلك لطريقة التعبير عن الارادة ، وليس بلازم لانعقاد العقد توافر شكل معيّن يفرغ فيه تراضى الطرفين وهذه القاعدة هى التى يطلق عليها مبدأ الرضائية.

ويلاحظ أنه فى الشرائع السابقة ولا سيما فى القانون الرومانى لم يكن مبدأ سلطان الارادة مسلماً به ، بل كان الأصل هو الشكلية ، فكان يتعيّن أن يصاغ العقد فى أحد الأشكال التى قررها القانون حتى تترتب عليه آثاره . أما الاتفاق المجرد من الشكل فلم يكن يكفى لترتب آثاره القانونية عليه إلا على سبيل الاستثناء وبالنسبة لعدد معيّن من العقود اصطلح على تسميتها بالعقود الرضائية وهى عقود البيع والإيجار والوكالة والشركة .

أما فى القانون الحديث ، فالقاعدة هى الرضائية ، والأصل فى القانون المصرى هو الرضائية ، فتقضى المادة ٨٩ من القانون المدنى بأن « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين » .

ومع ذلك واستثناء من مبدأ الرضائية قد يستلزم القانون الشكلية بالنسبة لعدد معيّن من العقود ، كما فى الهبة (مادة ٤٨٨ مدنى) وفى الرهن الرسمى (مادة ١٠٣١ مدنى) وفيهما يتطلب القانون لإنعقاد العقد أن يتم بورقة رسمية

يتولى تحريرها موظف مختص هو الموثق فى مكتب التوثيق أو السجل العقارى . وقد تنحصر الشكلية التى يتطلبها القانون لإنعقاد العقد فى مجرد الكتابة العرفية دون إشتراط الرسمية ، كما هو الحال فى الشركة المدنية (مادة ٥٠٧ مدنى) وفى عقد التصرف فى الحق المالى للمؤلف - كما رأينا من قبل .

وفيما عدا هذه العقود الشكلية التى نص عليها القانون على سبيل الاستثناء، فإن الأصل العام هو مبدأ الرضائية ، فيكفى لإنعقاد العقد مجرد التراضى .

ثانيًا : ويترتب على مبدأ سلطان الارادة - كذلك - ان الرضاء هو العنصر الأساسى اللازم لإنشاء العقد (أو التصرف القانونى) وبناء على ذلك لا يجوز إكراه الانسان على التعاقد رغماً عنه ، وطالما كان الرضاء هو العنصر الأساسى فى انشاء العقد ، فلا بد أن يكون هذا الرضاء سليمًا منزهاً من كل عيب وإلا كان لمن تعيبت ارادته أن يتحلل من تعاقده . وإذا كان مبدأ سلطان الارادة يعنى حرية الانسان فى الا يبرم عقداً من العقود ، فإن هذا المبدأ يعنى كذلك حرية الفرد فى أن يبرم ما شاء له من عقود ، فلا يجوز تقييد حرية الفرد من هذه الناحية .

ثالثًا : ويترتب كذلك على مبدأ سلطان الارادة أن تكون للارادة حرية فى تحديد مضمون التصرف القانونى ، وأنه يتعيّن تنفيذ التصرف على الوجه الذى إرتضته الإرادة المنشئة له بغير تعديل . وقد صاغ المشرع هذه النتيجة المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة فى المادة ١٤٧ من القانون المدنى بقوله « ان العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون » .

رابعًا : وأخيراً يقضى مبدأ سلطان الارادة بأن تكون لإرادة الأفراد الحق فى إنهاء العقد (أو التصرف القانونى) بالاتفاق ، أو فى تعديله كذلك .

غير أن مبدأ سلطان الإرادة - والذى يعد - من نتائج المذهب الفردى - وبفعل ذيوع المبادئ الاجتماعية والاشتراكية فى هذا العصر ، قد وردت عليه عدة إستثناءات هامة ، سواء فيما يتعلق بحرية الارادة فى تحديد مضمون التصرف القانونى ، وفيما يتعلق - كذلك - بالقوة الملزمة للتصرف القانونى . وقد سبق لنا التعرض لهذه الاستثناءات فى الجزء الأول من هذا المؤلف وذلك عند حديثنا عن تقسيم القواعد القانونية الى آمرة ومكملة فنحيل الى ما قلناه هناك .

الباب الرابع
حماية الحق واستعماله

تمهيد :

رأينا فى تعريف الحق ، أنه « مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة » فالغاية من الحق والمكنة التى ينطوى عليها هى تحقيق مصلحة ذاتية مباشرة لها قيمة اجتماعية . فالحق لا يتقرر ولا يجوز إستعماله إلا تحقيقاً لهذه الغاية ، ولهذا فإن إستعمال الحق لا يكون مطلقًا متروكاً لمحض تقدير صاحبه ، وإنما يتقيّد إستعمال الحق فى النطاق المحدد له بعدم الانحراف عن الغاية التى تقرر من أجلها . وهذا ما يدفعنا الى الكلام عن التعسف فى إستعمال الحق . ولكن قبل الحديث عن هذا التعسف ، لا بد لنا من أن نتكلم عن ماهية الحماية القانونية للحق – إذا ما إستعمل فى النطاق والهدف المحدد له ، كما علينا أن نعرض كذلك لكيفية إثبات هذا الحق .

ولذلك نعرض فى :

الفصل الأول : ماهية الحماية القانونية للحق .

الفصل الثانى : إثبات الحق .

الفصل الثالث : مبدأ عدم جواز التعسف فى إستعمال الحق .

الفصل الأول

ماهية الحماية القانونية للحق

الدعوى هى الوسيلة الرئيسية لحماية الحق :

من الثابت أن كل حق يجب أن يقابله واجب عدم الاعتداء عليه ، وهذا الواجب قد يكون واجبًا خاصًا يقع على عاتق فرد معيّن كما هو الحال فى الحقوق الشخصية أو الالتزامات حيث يقع الواجب على المدين . وقد يكون الواجب عاماً يقع على الكافة ، فصاحب الحق أياً كان (شخصياً أو عينياً أو معنوياً) يلتزم الكافة باحترام حقه وبعدم الاعتداء عليه . ولذلك إذا تحقق مثل هذا الاعتداء ، فإن على صاحب الحق أن يلجأ الى السلطة العامة تتولى توقيع الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية المنشئة للحق المعتدى عليه .

والتجاء الشخص الى السلطة العامة ، عن طريق القضاء ، طالباً الحماية القانونية لحقه لا يكون إلا عن طريق الدعوى .

وتعتبر الدعوى القضائية أهم وسائل الحماية القانونية للحق ، ولذلك رأينا فى الفقه من يبالغ فى تقدير قيمة الدعوى الى حد قولهم بأن الحق والدعوى معنيان لا ينفصلان ، وأن « كلمة الدعوى مرادفة لكلمة الحق » . وبالتالى فمن العبث « البحث عن تفرقة بينهما ، والدليل على ذلك أن الحق بغير دعوى يبقى مكنة ناقصة » والفارق الوحيد بينهما – فى رأى هذا الفقه – هو الفرق بين حالة السكون statique وحالة الحركة dynamique . فالحق تعبير عن سلطة الشخص (أى حقه) وهو فى حالة الهدوء بعيداً عن كل نزاع ، أما الدعوى فهى الحق فى حالة الحركة أى فى حالة النزاع فيه .

والواقع أنه « لا شك فى إستقلال كل من الحق عن الدعوى ، فالدعوى ما هى إلا إحدى وسائل حماية الحق الفردى ، أهمها بغير شك ، ولكن ذلك لا يعنى الخلط بينهما ، بحيث يقال أن الحق والدعوى شىء واحد ، فهناك دعاوى يخوّلها القانون للفرد للدفاع عن مركز قانونى لا يستجمع خصائص الحق بالمعنى الكامل ، كما أن النيابة العامة مثلاً حين ترفع الدعوى الجنائية لا تدافع عن حق شخص ، بل تدافع عن الصالح العام نيابة عن المجتمع . كما أن القانون قد يسد أمام الفرد صاحب الحق طريق رفع الدعوى القضائية فى بعض الحالات . وأخيراً فإن الدعوى

يحكمها القانون السائد وقت رفعها فى حين أن الحق يخضع للتشريع السائد وقت ميلاده » .

وينتهى الفقه المتقدم الى أن الدعوى « سلطة شرعية pouvoir légale بمقتضاها يستطيع الأفراد والهيئات والسلطات العامة الالتجاء الى القضاء للمطالبة باحترام القواعد القانونية وهى بهذا المعنى ذات طبيعة واحدة لا تختلف باختلاف الحق أو المركز القانونى الذى تحميه ، غاية الأمر أنها قد تتأثر ببعض خصائص هذا الحق أو ذلك المركز القانونى ، فيقال مثلاً أن الدعوى شخصية حين تحمى حقاً شخصياً وأنها عينية حين تحمى حقًا عينياً . كما أن مدى سيطرة الأفراد على سير الخصومة وإمكان تركها أثناء مسيرتها يتوقف الى حد كبير على إستنادها الى حق فردى خالص أم الى مركز قانونى تسوده فكرة الصالح العام » .

فالدعوى – إذن – هى الوسيلة التى يلجأ اليها صاحب الحق لحماية حقه ورد الاعتداء الواقع عليه . والأصل فى الدعوى أنها ترفع أمام المحاكم المدنية باعتبار أنها تحمى حقًا من الحقوق الخاصة . ولكن قد يعتبر القانون فى بعض الأحيان ، الاعتداء على الحق اعتداء على المجتمع ذاته ، وعندئذ يقرر القانون عقاب كل من يرتكب هذا الاعتداء على الحق معتبراً فعله جريمة من الجرائم . وهذه هى الحماية القانونية للحق التى تتم عن الطريق الجنائى . وحتى هذه الحماية الجنائية لا تتحقق إلا عن طريق الدعوى ، ولكن هذه الدعوى لا يرفعها هنا صاحب الحق ، وإنما يرفعها ممثل المجتمع وهى النيابة العامة . وتختص بنظر هده الدعوى الجنائية المحاكم الجنائية .

ولكن عندما يقع إعتداء على حق شخص ما ، وكان هذا الاعتداء مكوناً لجريمة ، فإن لهذا الشخص – المجنى عليه – أن يقوم بمقاضاة المعتدى أمام المحاكم الجنائية . ولذلك يقضى القانون بأن لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بالحق المدنى ، فإذا صدم شخص آخر بسيارته – مثلاً – والحق به ضرراً ما، واقيمت الدعوى الجنائية ضد قائد السيارة ، فإن للمصاب أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام القضاء الجنائى وبمناسبة نظر الدعوى الجنائية . وكذلك من سُرق ماله يستطيع – عند محاكمة السارق جنائياً – أن يتدخل فى هذه الدعوى الجنائية مطالباً برد المسروقات والحكم على السارق . ويلاحظ انه إذا كان لصاحب الحق أن يلجأ الى القضاء الجنائى ، فإنه يشترط لذلك أن يكون الضرر الذى لحقه ناشئاً عن الجريمة التى إختص القضاء الجنائى بنظر دعواها .

على أية حال فإن حماية الحق قد تكون حماية مدنية وقد تكون حماية جنائية . وسنعرض الآن لوسائل الحماية المدنية للحق . وهذه الوسائل قد تكون خاصة بالحقوق اللصيقة بالشخصية ، وقد تكون حماية خاصة بالحقوق المالية ، وقد تكون خاصة بحماية الحقوق الذهنية .

ولما كنا قد عرضنا لحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية عند حديثنا عن هذه الحقوق ، كما تعرضنا كذلك لحماية الحقوق الذهنية عند حديثنا عن حق المؤلف ، لذلك فلن نعرض هنا إلا لحماية الحقوق المالية .

حماية الحقوق المالية :

الحق المالى قد يكون حقاً شخصياً وقد يكون حقاً عينياً .

(١) فإذا كان الحق شخصياً ، أى كان رابطة بين شخصين يلتزم أحدهما بأداء معيّن قبل الآخر ، بعمل أو بامتناع عن عمل ، أو بإعطاء ، فإن حماية هذا الحق الشخصى يكون بالزام وإجبار المدين على تنفيذ ما التزم به جبراً . ويشترط لكى يكره المدين على تنفيذ ما التزم به عيناً ، أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً ، ممكناً وغير مرهق للمدين ، فإذا إستحال تنفيذ الالتزام ، أو كان فى التنفيذ العينى إرهاق وعنت للمدين ، لم يكن هناك مناص من أن يقنع الدائن بمطالبة المدين بالتعويض . أما إذا اعتدى الغير على حق الدائن بأن حرّض المدين على الاخلال بالتزامه مثلاً ، كان هذا خطأ يستوجب تعويض ما ترتب عليه من ضرر ، فينشأ للدائن حق فى التعويض قبل الغير على أساس المسؤولية التقصيرية .

(٢)أما إذا كان الحق عينيًا ، فإن وسيلة حمايته تكون بالدعوى العينية . فمن إغتصب ملكه دون حق ، له أن يرفع دعوى تقرير حق الانتفاع على المالك الذى ينكر عليه حقه ، ومثله فى ذلك مثل سائر أصحاب الحقوق العينية .

وإذا كان الشخص غير مالك وكان حقه وارداً على عقار ، ثم اعتدى على حيازته للعقار الذى يمارس عليه حقه ، فإن المشرع يقرر له حقاً فى دعوى من دعاوى الحيازة . فالمشرع قد كفل حماية الحيازة فى ذاتها إن كان محلها عقاراً . ودعاوى الحيازة – فى القانون – ثلاثة ، دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى إسترداد الحيازة . وفيها جميعًا تكون العبرة بالحيازة فى ذاتها . فلمن يحوز عقاراً حيازة قانونية – أى مستوفية للشروط القانونية للحيازة – أن يدفع إعتداء الغير على حيازته دون حاجة الى إثبات حق عينى يستند اليه فى

حيازته للعقار . ولا يجوز للمدعى عليه - فى دعاوى الحيازة - أن يدفعها بالاستناد الى ما يدعيه على العقار . فالمشرع قد قرر حماية الحيازة فى ذاتها محافظة على الأمن والاستقرار والنظام . أما من ينكر على الحائز حقه على العقار، فعليه أن يرفع دعوى بأصل الحق الذى يدعيه على هذا الحائز .

ولصاحب الحق العينى - فضلاً عن هذه الدعوى العينية ودعاوى الحيازة - إن كان حائزاً للعقار محل حقه ، دعوى شخصية قبل من يعتدى على حقه مسبباً له الضرر ، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية .

الفصل الثانى

إثبات الحق

تعريف الاثبات :

الاثبات هو تقديم الدليل على وجود حق متنازع فيه بين الخصوم . فالحق الذى يعجز صاحبه عن إثباته هو حق بلا قيمة ، أو هو حق لا يقوم إلا فى ذهن صاحبه . فلكى يتحقق وجود الحق أيضاً فى ذهن الجميع فيلتزمون باحترامه ، لا بد من إثباته واقامه الدليل عليه .

محل الاثبات :

رأينا أن مصدر الحق هو الواقعة المنشئة له ، ورأينا أيضًا أن هذه الواقعة القانونية قد تكون واقعة طبيعية أو إختيارية . ولذلك فإن إثبات الحق ، إنما هو إثبات لوجود هذه الواقعة القانونية . فالدائن الذى يطالب مدينه بوفاء ما عليه من دين ، عليه أن يثبت مصدر حقه قبل المدين ، ففى عقد القرض على المقرض أن يثبت وجود عقد القرض ومضمونه ، والموصى له بشىء ، عليه أن يثبت مصدر حقه فى الوصية ، ومن يريد أن يثبت أن له حقاً فى الميراث ، فعليه أن يثبت أولاً واقعة الوفاة للمورث وواقعة القرابة وهكذا الشأن فى كل أنواع الحقوق .

عبء إثبات الحق :

يقضى القانون الخاص بالاثبات فى المواد المدنية والتجارية فى مادته الأولى بأن « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » . وليست هذه القاعدة سوى تطبيق للمبدأ القائل بأن « البيّنة على من ادعى » .

فإذا رفع شخص دعوى على خصمه ،وجب عليه وهو المدعى ، أن يقيم البيّنة – أى الدليل – على صحة دعواه ، فإذا أخفق فى ذلك رفضت دعواه ، أما إذا أفلح ، أصبح من حيث الظاهر هو صاحب الحق المدعى به ، فإن لم يسلم خصمه بذلك أو إدعى إنقضاء هذا الحق لسبب من الأسباب ، أصبح هو المدعى خلاف الظاهر ووجب عليه إقامة الدليل على مخالفة الظاهر للواقع .

ونفصل المبدأ السابق بالنسبة للحقوق الشخصية والحقوق العينية .

فبالنسبة للحق الشخصي ، فالأصل هو براءة ذمة الانسان ، أى عدم مديونيته لأحد ،وهذا هو حكم الظاهر . فإذا جاء أحد الأشخاص وإدعى على آخر بمبلغ معيّن ، وجب عليه إقامة الدليل على إدعائه ، لأنه يدعى على خلاف الظاهر ، فإن عجز عن ذلك حكم برفض دعواه دون أن يكلف المدعى عليه بتقديم أى دليل على براءة ذمته . أما إذا تمكن المدعى من إقامة الدليل ، فإن الظاهر يؤدى الى اعتبار المدعى عليه مديناً ، فإما أن يسلم بالدين ، وإما أن يدعى إنقضائه أو براءته منه ، وهو عندئذ يكون مدعياً على خلاف الظاهر ، فينتقل اليه عبء الاثبات ، فإذا أفلح فيه حكم لمصلحته وإلا حكم ضده .

أما بالنسبة للحقوق العينية ، فالأصل فيها أن من يباشر السلطات التى يخوّلها الحق العينى ، على شىء معيّن ، فإن يكون من حيث الظاهر صاحب الحق فيه . فالحائز مثلا لمنزل يظهر أمام الناس وكأنه هو المالك ، فإذا ادعى شخص أخر انه المالك الحقيقى لهذا المنزل كان مدعياً على خلاف الظاهر ، ووجب عليه أن يقيم الدليل على صحة دعواه ، فإن عجز رفضت دعواه ، وإن نجح كان الظاهر انه هو المالك . فإما أن يسلم الحائز له بذلك ، وإما أن يدعى أن الملكية – برغم من ثبوتها أصلاً لخصمه – قد إنتقلت اليه هو عن طريق التقادم المكسب مثلاً ، وحينئذ يكون هو مدعياً خلاف الظاهر وعليه البيّنة فيما ادعى . وبالمثل إذا ادعى شخص بأن له حق انتفاع أو ارتفاق على عقار يملكه شخص أخر ، فإنه يدعى من حيث الواقع على خلاف الظاهر ، فالأصل أن يكون الشخص مالكاً وله كافة السلطات التى خوّلها حق الملكية غير مثقلة بأية اعباء لصالح الغير ، ولذلك يقع على هذا المدعى عبء إثبات حق الانتفاع أو الارتفاق وهكذا ...

وإذ كان الأصل أن عبء الاثبات على عاتق المدعى ،إلا أنه وفى بعض الأحيان يقوم القانون بإعفاء المدعى من عبء الاثبات كله أو بعضه ، فينشىء ما يسمى بالقرينة القانونية ، يستطيع بها المدعى اثبات حقه ويعفيه بذلك من تقديم الدليل الذى كان يجب عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة . وعندما يسمح القانون للمدعى بالتمسك بهذه القرينة ، فهو يسمح فى ذات الوقت للمدعى عليه باثبات عكس هذه القرينة ، وتسمى هذه القرينة عندئذ بالقرينة البسيطة ، إلا أنه فى بعض الأحيان لا يسمح القانون للمدعى عليه بإثبات عكس القرينة ، فتسمى عندئذ بالقرينة القاطعة .

ومثال القرينة البسيطة ، ما يقضى به القانون المدنى من أن الوفاء بقسط من

الأجرة يعد قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . فإذا ادعى المستأجر أنه قد وفّى الأجرة ، فيعفى من إثبات وفاء الأقساط السابقة على القسط الأخير ، فطالما أنه قد قام بإثبات هذا القسط ، فيعتبر الوفاء بالقسط الأخير قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة ، ولكنها قرينة بسيطة ، حيث يجوز للمؤجر أن يثبت عكسها ، بأن يقيم الدليل على عكس ما يدعيه المستأجر وذلك بإثبات عدم الوفاء بالأجرة السابقة على القسط الأخير .

ومثال القرينة القاطعة ، ما يقضى به القانون من أن الأحكام التى حازت قوة الشىء المقضى به ، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل يدحض هذه القرينة .

طرق اثبات الحق Moyens de preuve :

حدد القانون طرقاً معيّنة (أو أدلة معيّنة) لإثبات الحق . وهذه الطرق هى الكتابة والبيّنة والإقرار واليمين والقرائن القضائية والمعاينة .

وهذه الأدلة قد تكون أدلة مطلقة ، أى يمكن أن تثبت بها جميع مصادر الحقوق ، أى الوقائع القانونية ، سواء أكانت أعمالاً مادية أم أعمالاً قانونية ، وهى الكتابة وما يقوم مقامها أى الاقرار واليمين . وقد تكون هذه الأدلة مقيّدة أى لا يجوز إثبات الأعمال القانونية بها إلا إستثناء ، فتقتصر على إثبات الأعمال المادية سواء ما كان منها من فعل الانسان أو من فعل الطبيعة وهى البيّنة والقرائن القضائية .

١ – *الكتابة écrit* :

وهذه الوسيلة الأولى للاثبات ، حيث يجب الالتجاء الى الكتابة لإثبات التصرف القانونى الذى تزيد قيمته على مائة جنيه ، كما يجب الاثبات الكتابى حتى ولو لم تزد قيمة التصرف عن الحدود المتقدمة وذلك فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى .

والكتابة تثبت فى محررات ، وتنقسم هذه المحررات الى محررات رسمية وأخرى عرفية .

(أ) المحررات الرسمية :

وهى تلك التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم

على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقًا للأوضاع القانونية ، وفى حدود سلطته واختصاصه .

فلكى يعتبر المحرر محررًا رسميًا يجب :

١- أن يقوم بتحريره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .

٢- أن يكون هذا الشخص مختصًا فى الموضوع وفى المكان بتحرير هذه الورقة .

٣- أن يراعى هذا الموظف الأوضاع القانونية فى تحرير الورقة .

فإذا توافرت هذه الشروط فى ورقة ما إعتبرت هذه الورقة محررًا رسميًا ، ويكون المحرر الرسمى عندئذ حجة على الكافة بما دون فيه من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو ما صدر من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبيّن تزويرها بالطرق المقررة قانونًا . فدحض قيمة المحرر الرسمى لا يتم إلا بإثبات تزويره طبقًا لما يقضى به القانون .

(ب) المحررات العرفية :

المحرر العرفى هو ورقة موقع عليها ممن صدرت عنه ، فالمهم هو أن تحمل الورقة توقيع من صدرت منه ولا يشترط فى كتابة هذه الورقة أن تكون مكتوبة بطريقة معيّنة أو بأسلوب معيّن أو فى شكل معيّن . ويعتبر المحرر العرفى صادرًا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة ، فإذا تم هذا الانكار كان على الشخص الآخر أن يثبت صدور هذا المحرر ممن وقعه .

٢- *البيّنة (شهادة الشهود)* *Témoignage* :

يلجأ الى البيّنة أو شهادة الشهود لاثبات الحق فى المواد التجارية ، وفى شأن الأعمال المادية . وكذلك فى نطاق التصرفات القانونية إذا قلت قيمتها عن مائة جنيه وعلى ذلك لا يجوز الاثبات بالبيّنة فى التصرفات التى تزيد عن هذه القيمة ، وكذلك لا يجوز الاثبات بالبيّنة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى . ومع ذلك فقد أورد المشرع بعض الاستثناءات على هذه القاعدة الأخيرة حيث أجاز فيها الاثبات بالبيّنة فيما كان يجب إثباته بالكتابة وهذه الاستثناءات هى :

أ- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أى عند وجود دليل كتابى ناقص .

ب- إذا وجد مانع أدبى أو مادى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

جـ - إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه ، بعد أن كان بيده هذا السند .

٣- القرائن القضائية *Présomption* :

القرينة هى إستنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة (مادة ٩٩ و ١٠٠ من قانون الاثبات) وقد يقوم المشرع بهذا الاستنباط وينص عليه القانون ، فتكون القرينة قانونية ، وإما أن يقوم القاضى بهذا العمل ويستنبط القرينة من ظروف الدعوى وأحوالها ، فتسمى عندئذ القرينة بالقرينة القضائية .

وقد رأينا أن القرينة طالما استنبطها المشرع بشكل عام مجرد ، فلا تعد فى الحقيقة دليلاً من أدلة الاثبات ، وإنما هى طريقة تعفى من هذا الاثبات . أما القرينة القضائية فأمرها موكول للقاضى يستخلصها من ظروف كل دعوى وله الحرية فى هذا الاستنباط بلا معقب عليه من محكمة النقض .

وتقبل القرائن القضائية فى الاثبات فى الأحوال التى يجوز فيها الاثبات بالبيّنة ، فكلاهما من درجة واحدة من حيث قوة الاثبات .

ومن أمثلة القرائن القضائية أن يعتبر القاضى صلة القرابة بين البائع والمشترى قرينة قضائية على صورية هذا البيع .

٤- الاقرار *aveu* :

هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . ويعد الاقرار حجة قاطعة على المقر ، فإذا حدث وأقر الخصم بالواقعة فتعد الواقعة ثابتة فى مواجهة المقر ، فلا يجوز له أن يثبت عكسها أو أن يعدل عن هذا الإقرار. ويلاحظ أن الاقرار لا يتجزأ على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة ، وكان وجودواقعة منها لا يستلزم حتمًا وجود الوقائع الأخرى .

٥- اليمين *Serment* :

هو أن يحلف الخصم على صدق قوله متخذاً اللّه شاهداً على ذلك . وتنقسم اليمين الى يمين متممة يوجهها القاضى الى أحد الخصمين يستكمل بها أدلته ،

ويمين يوجهها الخصم الى خصمه عندما لا يجد دليلاً على إثبات الحق ، حتى يحسم بها النزاع ، وتلك هى اليمين الحاسمة .

واليمين التى تعد دليلاً هى اليمين الحاسمة . فيجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها . ولمن وجهت اليه اليمين ان يختار بين ان يحلف اليمين أو يردها على خصمه الذى وجهها . فإذا حلف الخصم إنحسم النزاع نهائيًا وخسر الخصم الذى وجه اليمين ، أما إذا ردها على خصمه ، فإما أن يحلف هذا الخصم أو لا يحلف حيث لا يجوز له ردها . فإذا حلف كسب دعواه ، أما إذا امتنع عن الحلف خسر هذه الدعوى .

٦- المعاينة Constation :

المعاينة هى أن على المحكمة - إذا رأت محلاً لذلك - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه ، أو تندب أحد قضاتها لذلك ويحرر القاضى محضراً يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلاً . والمعاينة تتسع للعقار والمنقولات ولكل ما يقع عليه النزاع مما يظن أن تكون معاينته مجدية أى تفيد فى الكشف عن الحقيقة . كما يلاحظ أن كل ما يثبت للمحكمة بالمعاينة يعد دليلاً قائمًا فى الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه .

الفصل الثالث

مبدأ عدم جواز التعسف فى إستعمال الحق

La théorie de l'abus de droit

تمهيد :

من معالم الفكر القانونى الحديث ، رسوخ واستقرار نظرية التعسف فى إستعمال الحق . ولكن لا يجب أن يظن أن هذه النظرية تعد من ابتداع هذا الفكر، بل لقد عرفتها الشرائع القديمة ، حيث إمتدت جذور النظرية الى الماضى البعيد .

ففى أقوال بعض فقهاء الرومان ما يدل على استنكار سوء النية وقصد الإضرار بالغير منها (molitis non est indulgendum) وتعنى هذه العبارة أن سوء النية لا يستحق الرعاية . ومنها أيضاً (Summun jus ,Summa injuria) وتعنى أن الغلو فى الحق غلو فى الظلم . ولكن يلاحظ ان هذه الأقوال ومثل تلك القواعد لم تتبلور فى القانون الرومانى فى شكل قاعدة عامة . بل على العكس نجد فى المدونة قولاً منسوباً للفقيه جايوس من انه « ليس بالمعتدى من يستعمل حقًا » . ولكن فقهاء الرومان برغم قبولهم لقول الفقيه جايوس إلا انهم ومع ذلك قد ذهبوا الى أن الهدف الذى يجب أن يؤدى اليه الحق هو تحقيق النفع لا الضرر ،كما عارضوا استعمال الحق إذا كان صاحبه لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الحاق الضرر بالغير .

وعندما انتقل القانون الرومانى الى فرنسا وأصبح مطبقاً فيها ، أخذ الفقهاء يدرسون مبادئه ويحيون تعاليمه ، فنجد الفقيه دوما Domat (١٦٢٥ - ١٦٩٦) يعتنق مذهب فقهاء الرومانى ويحصر نطاق الاساءة فى استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير .

كما طبقت المحاكم الفرنسية (والتى كانت تعرف باسم البرلمانات) ذات المبدأ السابق وقضت بمنع كل استعمال للحق لا يقصد به سوى الإضرار بالغير . كما فى حالة من يرتفع ببناء او يحفر بئراً لا لهدف سوى إلحاق الضرر بجاره . وبالمناسبة فقد صدر حكم عن برلمان اكس فى أول فبراير عام ١٥٧٧ أدان فيه أحد غازلى الصوف لأنه كان يغنى فقط بقصد ازعاج جاره المحامى .

أما الشريعة الاسلامية فلقد وصلت فى رقيها وسموها مبلغاً لا تدانيه شريعة أخرى ، فلقد أرست دعائم فكرة التعسف فى استعمال كافة أنواع الحقوق ، وأعطتها أوسع تصوير ممكن أن تصل اليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة .

فالحق – فى نظر الشريعة الاسلامية – منحة من اللّه سبحانه وتعالى . وذلك ان الشريعة الاسلامية هى تشريع سماوى معيّن ، صادر من اللّه سبحانه وتعالى لتنظيم حياة الخلق ، حتى يكونوا سعداء فى الدنيا والآخرة ، والانسان خلق ليعبد اللّه تعالى عن طريق تعمير الأرض ، والأصل فى المخلوق الا يكون له حقوق قبل خالقه وصانعه ، إلا ما تفضل به عليه ومنحه له ، وكان يمكن للّه سبحانه وتعالى الا يجعل للعبد حقاً أصلاً ، ولكن اللّه تفضل على عباده فجعل للشخص حقوقاً تؤدى له ،وكلفه بأداء الحقوق للّه وللآخيرن ، ثم علمه وبلغه ما له من حقوق وما عليه من واجبات عن طريق الشريعة الاسلامية ، خاتمة الشرائع السماوية .

فثبوت الحق لشخص انما يقصد به تحقيق سعادته فى الدينا والآخرة ، وهذه السعادة لا يمكن أن تتحقق إذا أساء استعمال هذا الحق .

بل أن الشريعة الغراء تأخذ بالنية وتحاسب عليها صاحب الحق أو من عليه الحق . فالمدين مثلاً حينما يدفع للدائن جبراً عنه ، بدون نية الطاعة ، فأداؤه عليه امتثال ورضوخ لأمر الشرع ، لأن الذى أوجب على المدين دفع الدين للدائن هو الشرع ، فكان مجرد الأداء رضوخاً وتنفيذا لأمر الشارع وامتثالاً له ، ولكن لا ثواب عليه فى الآخرة لعدم قصد الطاعة .

ومعنى ما تقدم أن حق العبد يشتمل فى حقيقته على حقين ، حق للّه تعالى وحق للعبد ، فإذا أدى العبد بغير نية الطاعة والامتثال ، كان المؤدى أحد الحقين أو جزءاً من الحق ، وهو حق العبد فقط ، فيسقط عنه حق العبد وحده ، ولا يكون فى هذه الحالة مؤدياً حق اللّه تعالى ، وهو قصد الطاعة ، ولذلك لا ثواب على أدائه هذا، لعدم قصد الطاعة ، وعدم اقتران أدائه بنية العيادة .

وفضلاً عن هذه المثالية رفيعة المستوى فى استعمال وأداء الحقوق فى الشريعة الاسلامية ، فلقد قيّدت الشريعة الغراء استعمال الأفراد لحقوقهم بمراعاة مصلحة الغير ، وعدم الإضرار بالجماعة . فليس للفرد مطلق الحرية فى استعمال حقه بحيث لا يحد من سلطانه شيء ، بل هو مقيّد فى ذلك بمصلحة الجماعة ، وعدم الإضرار بالغير ، فالحق فى الشريعة يستلزم واجبين ، واجب على الناس أن يحترموا حق الشخص ، ولا يتعرضوا له أثناء مباشرته للحق ، وواجب على ذى

الحق نفسه أن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين .

« ويستوى فى هذا المعنى سائر الحقوق ، لا فرق فى ذلك بين حق عام وحق خاص ، ولا بين ما يسمى بالحق الطبيعى وبين غيره . فحق الحياة مثلاً يستلزم واجبين ، واجباً على ذى الحق نفسه ، وهو أن يحفظ حياته ويقضيها فى أحسن الوجوه التى تنفع نفسه والناس . وواجبًا على الناس أن يحترموا هذا الحق للفرد فلا يتعدوا عليه .

وحق الحرية ثابت فى الأصل لكل انسان ، وهو أيضاً يستلزم واجبين ، واجباً على الناس والحكومات أن يحترموا حق الفرد فى الحرية ، فلا يتدخلوا فى شؤونه إلا للمصلحة العامة عند الضرورة ، وواجبًا على ذى الحق نفسه أن يستعمل حريته فيما لا يضر الناس ، ومن أساء استعمالها كان خليقا أن يسلبها .

وحق الملك يستلزم كذلك واجبين ، واجبًا على الناس ، وهو أن يحترموا ملكه فلا يتعدوا عليه بسرقة او غصب أو نحو ذلك . وواجباً على المالك ، وهو أن يستعمله على وجه بحيث لا يضر الآخرين ، وهكذا الشأن فى سائر الحقوق ، سواء ثبتت له بمجرد ولادته أم ثبتت بعد ذلك ، وسواء كانت تلك الحقوق عامة ، أى تثبت للناس جميعاً على سواء دون اختصاص لفرد معيّن ، وهو ما يسمى بالرخص ، أم كانت من الحقوق الخاصة وهى التى يستأثر بها صاحبها دون سائر الناس » .

على أية حال فقط أشرنا – منذ قليل – الى انتقال فكرة التعسف – فى معناها المحدد فى القانون الرومانى – الى القانون الفرنسى القديم ولكن على نحو أكثر سعة ، حيث أصبح التعسف متحققًا – لا باستعمال الحق بنية الاضرار فحسب – بل كذلك بأن يستعمله صاحبه دون أن تكون له مصلحة فى ذلك . ولكن أمام تعاليم المذهب الفردى الذى انتصرت له الثورة الفرنسية ، ما لبثت أن تراجعت هذه الفكرة . ولذلك لم يرد فى القانون المدنى الفرنسى الصادر غداة الثورة عام ١٨٠٤ أى نص يتعلق بالاساءة فى استعمال الحق ، حيث رأى واضعو التقنين ان هذه الفكرة سوف تتعارض مع سيادة الفرد وحريته الكاملة وبخاصة فى استعماله لحقوقه استعمالاً مطلقاً لا معقب عليه فى ذلك من قبل القضاء .

ولكن لم يكن من المتوقع أن يظل المذهب الفردى منتصراً الى ما لا نهاية وبخاصة بعد أن ظهرت مثالبه وآثاره السيئة على المجتمع بصفة عامة ، فكان لا بد من التحول عن هذا المذهب الى المذهب الاجتماعى أو على الأقل وضع الضوابط

والقيود التى تخفف من غلوائه . ولذلك بدأت المحاولات فى الفقه والقضاء الحديث الى فرض الرقابة على استعمال الحقوق ومحاولة نزع ما لصق بها من نزعة فردية خالصة . ولهذا نجد العديد من أحكام القضاء الفرنسى فى منتصف القرن التاسع عشر تحاول تحقيق هذا الهدف . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى عام ١٨٧١ بأن إستعمال الحق يضحى تعسفياً متى كان مجرداً عن اية فائدة او مبنياً على قصد الحاق الأذى بالغير . فالقضاء هو الذى شجع الفقه نحو ولوج بحث نظرية التعسف فى إستعمال الحق ، ولم يلبث المشرع الفرنسى ان إعتنق نظرية التعسف ، إن لم يكن بنص عام يضع المبدأ العام فى هذا الصدد ، فعلى الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة منها : قانون ٢٤ يوليو سنة ١٨٨٩ الخاص باسقاط الوالد من سلطته الأبوية ، وقانون ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٦ الخاص بتجديد عقود ايجار المحلات التجارية وقانون ٢٢ سبتبمر سنة ١٩٤٢ والذى عدل المادة ٢١٥ من القانون المدنى الفرنسى والمتعلقة بحق الزوج فى تعيين مسكن الزوجية .

هذا وقد اضطرد واستقر الأخذ بنظرية التعسف فى الشرائع المدنية الحديثة ، فنص عليها القانون الألمانى فى المواد ٢٢٦ و ٨٨٦ ، والقانون السويسرى فى المادة الثانية والقانون الروسى فى المادة الثانية حيث يقضى بأنه « الحقوق المدنية مصانة ما لم تكن ممارستها حاصلة بشكل يتنافى مع أهدافها الاقتصادية والاجتماعية » .

وفى القانون المدنى المصرى : وقبل صدور القانون المدنى الجديد (الحالى) لم يكن يوجد فى التشريع المصرى نص عام فى موضوع التعسف فى استعمال الحق . وإن كان قد اشتمل على بعض نصوص تطبيقية قليلة ، ومثالها ما كانت تقضى به المادة ٥٩/٣٨ ، ٦٠ من التقنين المدنى القديم بأنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه بمجرد إرادته ، إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه، ما لم يكن هدمه لباعث قوى . وبرغم ذلك فيلاحظ أن القضاء المصرى لم يتردد فى الأخذ بنظرية التعسف وفى التوسع فى تطبيقها ، ولذلك اهتم القانون المدنى الجديد (الحالى) بالنظرية وجعلها نظرية عامة أوردها فى الباب التمهيدى . فتقضى فى المادة الرابعة بأن « من إستعمل حقه إستعمالاً مشروعًا لا يكون مسؤولاً عما ينشأ من ذلك من ضرر » . ثم عرض فى المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعاييره التى تجعل إستعمال الحق غير مشروع ، فنص على ان « يكون إستعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (جـ)

إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

ولقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى أن «المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون ، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. وإذا كان القضاء قد راى ان يستند فى تطبيقها الى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معيّنة من نواحى القانون المدنى ، وانما بسطه على هذه النواحى جميعاً ، بل على نواحى القانون قاطبة . فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية ، كما تنطبق على الروابط المالية ، وانها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية ، وإنها لا تقف عند حدود القانون الخاص ، بل تجاوزه الى القانون العام . ولهذا آثر المشرع أن يضع هذه النظرية وضعاً عاماً ، محتذياً مثال احدث التقنينات وارقاها . وقد ساعد على إختيار هذا المسلك اقرار الشريعة الاسلامية لنظرية التعسف فى إستعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعناية الفقه الاسلامى بصياغتها تضارع ان لم تفق فى دقتها واحكامها احدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب » .

محاولات الفقه لتأصيل نظرية التعسف فى إستعمال الحق :

(١) يذهب الاتجاه السائد فى الفقه الحديث الى رد « التعسف » الى فكرة الخطأ، فيظل اساس نظرية التعسف فى نطاق المسؤولية التقصيرية .

فيذهب الأستاذ بلانيول الى أن الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ، فلا يوجد ثم إستعمال تعسفى لحق ما ، لذلك السبب البديهى من أن نفس الفعل لا يمكن أن يكون فى أن واحد موافقاً للقانون ومخالفاً له ، فإذا كان هناك تعسف فى سلوك الأفراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم وإنما حين يجاوزونها أو يخرجون عنها . إذ الحقوق ليست مطلقة ، بل هى مقيّدة فى أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيّد من إستعمالها ، والخروج عن هذه الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه العمل دون حق .

ويذهب راى أخر (فى نطاق الاتجاه السائد ايضًا) الى أن التعسف فى استعمال الحق يعد تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية . ذلك انه إذا كان الخطأ فى المفهوم الحديث إنحرافاً فى السلوك المألوف للشخص

العادى ، فهو متصور فى إستعمال الحقوق تصوره فى ممارسه الرخص العامة على السواء . وإذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائداً فى القرن الماضى من مبدأ إطلاق الحقوق ، فلم يعد ثم ما يمنع اليوم من إعلانها وتأكيدها ، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض رقابة على إستعمال الحقوق ، فارتفع بذلك التناقض المنطقى المزعوم بين الخطأ وبين إستعمال الحق .

ويذهب آخرون الى إعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذو طبيعة خاصة يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادى التقليدى ، إذ هو خطأ يرتهن بروح الحق وغايته الاجتماعية ، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادى ويثير مشكلة ضمير جماعى لا مشكلة ضمير فردى كالخطأ التقليدى ، فهو إذن خطأ خاص أو خطأ اجتماعى ، يتحقق بالانحراف عن غاية الخق الاجتماعية .

(٢) ويذهب الأستاذ الدكتور حسن كيره – وبعد دراسة مستفيضة للآراء والمذاهب السابقة ولمواقف الشرائع المختلفة من هذه النظرية – الى أن « فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معيّنة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معيّنة ، إذ بذلك ترتهن حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها . ذلك أن الحقوق – بما تخوّل من سلطات استئثارية معيّنة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض ، وبما يؤدى اليه من وضع الأفراد فى مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض – لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية فى ذاتها وانما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معيّنة . وهو ما يرهنها – بوصفها تمثل قيماً اجتماعية يحميها القانون – بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة إستعمالها أو مناقضته لغايتها . وبذلك يتفرع عن إعتبار الحقوق وسائل لا غايات ، إعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضى اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها . ولذلك فإن « التعسف » يتوافر إذا انحرف صاحب الحق فى إستعماله عن غايته ، حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذى يكوّن الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق ، وهو ما يفصم بين « التعسف » و « الخطأ » ويخرجه بالتالى من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوى مبدأ عامًا ونظرية اساسية ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق » .

« وبذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسًا بتصوير الحق ، إذ هى فى

حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها ، بل ان فكرة التعسف تصبح فى الواقع هى التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق . فبدونها وبدون ماتحققه من رقابة على إستعمال الحقوق ، تبدو فكرة الحق – بما تعنيه من امتياز – واستئثار – أهلاً لماتعرضت له من إنكار . وبفضل فكرة التعسف – نستطيع تأكيد إستبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية فى النظام القانونى ، دون حاجة الى الغائها أو تحويلها – كما يقترح البعض – الى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية خالصة » .

« وإذا حلت مشكلة التعسف على هذا النحو ، فليس من المحتم أن تثور بعد ذلك دائمًا مشكلة المسؤولية . فقد يحرم صاحب الحق من إستعماله على نحو تعسفى إبتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلاً ويتفادى بالتالى قيام مشكلة المسؤولية ... ففكرة التعسف تحقق فكرة التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءمن استعمال حقه استعمالاً تعسفياً .. وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف فى استعمال الحق بدور وقائى ودور علاجى على السواء ، بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال . وفى ذلك ما يبرر – بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعًا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسؤولية من دور علاجى فحسب – استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتى خارج نطاق المسؤولية التقصيرية » .

ويخلص أستاذنا الدكتور حسن كيره الى القول بأن « فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية ، وتجاوز فى دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضى البحت الذى تقتصر عليه فكرة المسؤولية ، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتى خارج دائرة المسؤولية التقصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعى فى نطاق النظرية العامة للحق » .

أحوال التعسف فى استعمال الحق :

أشرنا من قبل الى نص المادة الخامسة من القانون المدنى والتى حددت معاييرالتعسف فى إستعمال الحق بثلاثة معايير :

(أ) تمحض قصد الإضرار بالغير :

فيكون استعمال الحق غير مشروع « إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير »

وقد لوحظ على هذا المعيار أنه من أقدم معايير التعسف وأكثرها ذيوعاً فى الشرائع المختلفة ،لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مأرب شخصية فى النكاية والإضرار بالغير . وهذا المعيار يعد معياراً ذاتياً قوامه توافر نية الإضرار بالغير لدى صاحب الحق ،حيث يكون قصد الإضرار هو العامل الأصلى الذى حدا بصاحب الحق الى إستخدام السلطات التى يتضمنها ، ولو أفضى إستعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه لم يقصدها أصلاً ، بل ولو كان قصد الإضرار مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى . فمن يغرس أشجاراً عالية فى أرضه بقصد حجب النور عن جاره يكون متعسفاً فى إستعمال حقه ، حتى ولو زادت منفعة الأرض بغرس الأشجار ، بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة ، مادام أن غرضه الأساسى كان الإضرار بالجار .

ويلاحظ انه إذا كان اثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمراً عسيراً ، فإن القضاء كثيراً ما يستخلصه من إنعدام مصلحة صاحب الحق فى إستعمال حقه . من ذلك أن المالك الذى يقيم حائطاً مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن جاره يعتبر متعسفاً إذا لم تكن له مصلحة حقيقية من إقامة هذا البناء المرتفع . ومن صور هذا النوع من التعسف كذلك الاجراءات القضائية الكيدية ، كالدعاوى والدفوع الكيدية فهى تتضمن تعسفاً فى إستعمال حق الالتجاء الى القضاء، ودعاوى الافلاس الكيدية والتنفيذ الكيدى وهى تتضمن تعسفاً من جانب الدائن فى إستعمال السلطات التى خولها له القانون لاستيفاء دينه .

(ب) إنعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذى يحيق بالغير :

إذا استعمل الشخص حقه بقصد تحقيق مصلحة ، ونشأ عن إستعمال الحق ضرر للغير ، فإنه يكون مسئولاً إذا كانت المصلحة التى يرمى الى تحقيقها تافهة بحيث لا تتناسب البتة مع ما يعود على الغير من ضرر . وتطبيق هذا المعيار يقتضى الموازنة بين الجانبين . ، ولكن ليس المقصود هو تحقيق توازن كامل . فلا يكفى لاعتبار الشخص متعسفاً فى إستعمال حقه أن يتساوى الضرر والمصلحة ، أو أن يزيد الضرر على المصلحة بعض الزيادة . ففى مصلحة صاحب الحق ما يكفى لتبرير الضرر فى مثل هذه الحالات . أما أن رجح الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً كان هذا تعسفاً. إذ أن من يقدم على إستعمال حقه بقصد تحقيق مصلحة قليلة الأهمية بالنسبة لما يصيب الغير من ضرر بليغ ، أما انه لم

يرد سوى الإضرار بالغير تحت ستار مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر بالسعى اليها ، فتكون تفاهة المصلحة قرينة على نية الإضرار ، وإما لأنه شخص مستهتر لا يبالى بما تقتضيه ضرورات الحياة فى المجتمع . وفى الحالتين يكون قد إستعمل حقه على وجه يتعارض مع مصلحة الجماعة » .

ويلاحظ على هذا المعيار انه معيار موضوعى لا شخصى ، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وهو ما تقدره المحاكم حسب ظروف وملابسات كل حالة .

ومن تطبيقات هذا المعيار ، انه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من أرض جاره ، فرفض صاحب هذه الأرض التعويض الذى عرضه عليه البانى وطالب بهدم البناء رغم أن الجزء المشغول بالبناء من أرضه كان جزءاً يسيراً لا يبرر هذا الإصرار من جانبه ، فإنه يكون متعسفاً فى استعمال حقه ، فلا يقبل منه طلب هدم البناء ، بل يجوز للمحكمة أن تجبره على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى مقابل تعويضه عن قيمة ذلك الجزء تعويضاً عادلاً . (مادة ٩٢٨ مدنى) . وقد طبق المشرع أيضاً هذا المعيار بنصه فى المادة ٢/٨١٨ مدنى بأنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . ومن ذلك أيضاً نص المادة ١٠٢٩ مدنى التى تقضى بأن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » .

ومن تطبيقات هذا المعيار كذلك ، تخيّر صاحب الحق - من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه - الطريقة الأكثر إضراراً بالغير دون نفع ذى قيمة كبيرة له . وذلك كمالك يقيم مدخنة فى مكان معيّن من بنائه بحيث تضر بالجار، وكان يمكنه - دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو - تجنيب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه باقامتها فى مكان آخر من البناء .

(جـ) عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من إستعمال الحق :

وتعبر هذه الحالة عن إستعمال الحق بغية تحقيق مصالح غير مشروعة ، كرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل عامل لمجرد أنه ذو نشاط نقابى ، يريد

بذلك أن يحرم عماله من حق خوّله القانون لهم . وكالمالك الذى يحيط أرضه بأعمدة عالية حتى يحمل شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة على شراء أرضه بثمن مرتفع ، وكمن يخصص المنزل المملوك له لمقابلات مخالفة للآداب ، وكالمالك الذى يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته للسكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون وإخفاقه فى ذلك .

ويلاحظ على هذا المعيار أنه معيار موضوعى مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة فى رقابة إستعمال الحقوق .

نطاق نظرية التعسف فى إستعمال الحق :

ثار الجدل فى الفقه حول ما إذا كانت نظرية التعسف فى إستعمال الحق تسرى على الحقوق جميعاً أم انه لا يتصور سريانها على بعض الحقوق ؟

(١) يذهب جانب كبير من الفقه الى أن التعسف لا يكون إلا بالنسبة للحقوق بالمعنى الدقيق دون « الرخص » ومثالها حق الغدو والرواح والتقاضى مثلاً ، وغيرها من الحقوق العامة التى يعترف بها القانون للناس كافة . ويقولون أنه لا حاجة بنا الى فكرة التعسف فى ترتيب مسؤولية من يباشر هذه الرخص عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك ، لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه . فالانحراف فى إستعمال الرخصة يعتبر خطأ مستوجباً المسؤولية طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية . فإذا إستعمل شخص الحق فى التقاضى ، وهو (رخصة) تثبت للكافة ، فى غير ما وضع له بأن استعمله استعمالاً كيدياً ، كان هذا خطأ عادياً يلزم بالتعويض عنه دون حاجة الى القول بأنه قد تعسف فى استعمال حقه .

بينما يذهب جانب آخر من الفقه الى جواز إمتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص على حد سواء . فالمشرع عندما إشترط لمشروعية الحق أن يستعمل إستعمالاً لا ينطوى على تعسف ، فإنه قد وضع قاعدة تحدد التصرفات المشروعة سواء كانت هذه التصرفات قد حددت فى نص أو فى صورة حق بالمعنى الدقيق أم كانت من قبيل الحقوق العامة المعترف بها للكافة .

« فالمشرع يستهدف ادخال نوع من الأخلاق فى التصرفات القانونية . فاستعمال أى حق سواء أكان خاصاً أم عامًا يؤدى الى حد ما الى الإضرار بالغير

ولكن نظراً لأن هذا الضرر لا يمكن تفاديه فهو يعتبر مشروعاً ، ولكن المسؤولية تنعقد منذ اللحظة التى يكون الاستعمال قد تم فى ظروف غير مشروعة .

فلكل شخص أن يدخل فى منافسة مع الغير ، فهذه رخصة أو حرية ، أى حق عام غير محدد ، ويعتبر إستعمال تلك الرخصة مشروعاً بالرغم من أنه قد يسبب بعض الأضرار للغير الذى يدخل معه فى منافسة ، ولكن يعتبر إستعمال هذه الرخصة منطوياً على تعسف منذ اللحظة التى يستهدف فيها تحقيق مصلحة غير خلقية مثل الرغبة فى تحطيم منافسه .

فالشخص الذى يستعمل رخصة ويسبب اضراراً مشروعة للغير يحميه القانون شأنه تماماً شأن من يستعمل حقاً بالمعنى الدقيق . ولكن متى كان الاستعمال قد تم فى ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة ام الحق . فكما كفل القانون لهما الاستعمال المشروع ، فإنه يتدخل للحد من التعسف فى إستعمالهما .

اما القول بأن قواعد المسؤولية المدنية تغنى عن نظرية التعسف فى إستعمال الحق فهو قول غير مقبول على أساس أن مثل هذا القول يصدق سواء بالنسبة للحق بالمعنى الدقيق أو الرخصة . فإن كانت قواعد المسؤولية المدنية لم تغن عن نظرية التعسف بصدد الحقوق فلا يوجد أدنى مبرر لكفايتها فى صدد الرخص وعدم الحاجة لنظرية التعسف » .

والواقع أن الرأى القائل بعدم سريان نظرية التعسف على الرخص إنما يرجع الى إعتبارات تاريخية ، فلقد كان الفقه فى القرن الماضى يسلم بتقييد الحقوق العامة أو الرخص ، دون غيرها من الحقوق . ولذلك لم تدع الحاجة ، عندما بعثت نظرية التعسف فى إستعمال الحق ، وهى ترمى الى التقييد من اطلاق الحقوق ، الى البحث فى تطبيقها على حقوق كان من المسلم وجوب تقييدها « وهذا سبب عرضى ، ليس مستمداً من جوهر نظرية التعسف ذاتها ، فليس فى المنطق ما يبرر التفرقة فى هذا الصدد بين حق التقاضى وبين حق الملكية مثلاً ، فيقال ان من يستعمل إجراءات التقاضى لمجرد الإضرار بالغير يعتبر مخطئاً خطأ عادياً ، فى حين أن من يستعمل حق الملكية إستعمالاً يحدده الغرض ذاته يعتبر متعسفاً » .

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية قد طبقت نظرية التسعف على

إستعمال رخصة الالتجاء الى القضاء . فهذه الرخصة وإن كانت من الحقوق التى تثبت للكافة إلا انه لا يسوغ لمن يباشره الانحراف عما شرع له وإستعماله استعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب إساءة استعمال الحق .

(٢) كما يرى جانب من الفقه أن نظرية التعسف لا تسرى إلا على ما يطلق عليه بالحقوق المقيَّدة أو التقديرية ولا تسرى على الحقوق المطلقة .

فالحقوق المطلقة هى تلك التى يستقل صاحبها بتقدير كيفية استعمالها ، وهو تحكمه فى ذلك دوافع شخصية بحتة لا يستطيع القاضى أن يراقبها أو أن يناقش هذا التقدير ، ومثالها الحق الأدبى للمؤلف ، وحق الشريك على الشيوع فى طلب القسمة .

ولكن يرد على هذا الرأى بأنه يتعارض مع أحكام القانون الصريحة فى أن نظرية التعسف هى نظرية عامة تسرى فى شأن جميع أنواع الحقوق سواء فى مجال القانون الخاص أو العام .

كما أن هذا الرأى يعد أثراً من آثار المذهب الفردى الذى يرى أن الحقوق تخوّل صاحبها سلطة مطلقة فى إستعمال حقه . ولهذا فيجب الحد من نطاق التعسف قدر الامكان ، وواضح أن مثل هذا الرأى يجب أن يختفى ولا تقوم له قائمة مع إنحسار المذهب الفردى .

جزاء التعسف فى إستعمال الحق :

يتمثل الجزاء على التعسف فى إستعمال الحق فى التعويض عن الأضرار المترتبة عليه سواء اتخذ هذا التعويض صورة نقدية أو عينية . وهذه الصورة من صور الجزاء تعد صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه .

ولكن بجانب هذا الجزاء العلاجى يوجد جزاءاً وقائياً يستهدف منع صاحب الحق من إستعمال حقه إستعمالاً تعسفيًا فيحول بالتالى دون وقوع الضرر. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٩٢٨ مدنى من أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رات محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » . وبالمثل فإن المادة ١٠٢٩ مدنى

تقضى بأن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . ومفاد هذا النص أن تطبيق نظرية التعسف أدى الى إنهاء الحق ذاته . وهذا هو الدور العلاجى الذى تلعبه نظرية التعسف فى استعمال الحق .

تم بحمد الله وتوفيقه

محتويات الكتاب

المطلب الأول
بدء الشخصية ونهايتها

المطلب الثانى
الاسم

المطلب الثالث
الحالة

المطلب الرابع
الأهلية

الفرع الأول
أحكام أهلية الأداء

٢- عوارض الأهلية

٣- موانع الأهلية

الفرع الثانى
نظام الولاية على المال

القوامـة

المطلب الخامس

الموطن

المطلب السادس
الذمة المالية

المبحث الثانى
الشخص المعنوى أو الاعتبارى

الفرع الأول
بداية الشخصية المعنوية ونهايتها

الفرع الثانى
اسم الشخص المعنوى

الفرع الثالث
الحالة

الفرع الرابع
أهلية الشخص الاعتبارى

الفرع الثالث
المؤسسات الأهلية

الفرع الرابع
الأوقاف

الفصل الثانى

محل الحق

المبحث الأول

الأعمال

المبحث الثانى

الأشياء

الفرع الأول

الأشياء القابلة للتملك والأشياء

غير القابلة للتملك

الفرع الثانى

الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء

غير القابلة للاستهلاك

الفرع الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

الفرع الرابع

العقارات والمنقولات

المطلب الأول

العقارات

المطلب الثانى

المنقولات

المطلب الثالث

تقسيم الأموال الى أموال عقارية وأموال منقولة

الفرع الخامس

الأشياء المخصصة للمنفعة العامة

والأشياء المخصصة للمنفعة الخاصة

الفرع السادس

الأشياء القابلة للقسمة والأشياء غير القابلة للقسمة

الفرع السابع

الأشياء البسيطة والأشياء المركبة

الفرع الثامن

الأشياء الحاضرة والأشياء المستقبلة

الباب الثانى

أنواع الحقوق

الفصل الأول

حقوق الشخصية

المبحث الأول

حق الشخص فى تمييز ذاته

المبحث الثانى

حق الشخص فى سلامة كيانه البدنى

المبحث الثالث

حق الشخص فى سلامة كيانه الأدبى

المبحث الرابع

حق الشخص فى سلامة حرياته الشخصية

المبحث الخامس

حق الشخص فى سلامة كيانه الفكرى

المبحث السادس

خصائص حقوق الشخصية

الفصل الثانى

الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية

المبحث الأول

الحق العينى

المطلب الأول

الحقوق العينية الأصلية

الفرع الأول

حق الملكية

الفرع الثانى

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

المطلب الثانى

الحقوق العينية (التأمينات العينية)

المبحث الثانى

الحق الشخصى

المبحث الثالث

أساس التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى والنتائج المترتبة على ذلك

الفصل الثانى

الحقوق الذهنية

المبحث الأول

نطاق الحماية القانونية من حيث المصنفات والمؤلفين

المبحث الثانى

مضمون حق المؤلف

المطلب الأول

الحق الأدبى للمؤلف

المطلب الثانى

الحق المالى للمؤلف

المبحث الثالث

وسائل الحماية القانونية لحق المؤلف

المبحث الرابع

الباب الثالث

مصادر الحق

الباب الرابع
حماية الحق واستعماله

الفصل الأول
ماهية الحماية القانونية للحق

الفصل الثانى
اثبات الحق

الفصل الثالث

مبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق

تم بحمد الله

